

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE PACTE DE PRÉFÉRENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 23 mai 1929, à 2 heures

PAR

Jean BRÉTILLARD

Président : M. PIÉDELIÈVRE, professeur

Suffragants { *MM. DEMOGUE, professeur*
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, professeur

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

—
1929

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LE PACTE DE PRÉFÉRENCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 23 mai 1929, à 2 heures

PAR

Jean BRÉTILLARD

Président : M. PIÉDELIÈVRE, *professeur*

Suffragants { MM. DEMOGUE, *professeur*
JULLIOT DE LA MORANDIÈRE, *professeur*

PARIS

JOUVE & C^{ie}, ÉDITEURS

15, RUE RACINE, 15

1929

*La Faculté n'entend donner aucune approbation ni
improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opi-
nions doivent être considérées comme propres à leurs
auteurs.*



BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX.

- AUBRY et RAU. — Cours de droit civil français, 5^e édit., t. 5, § 352 et seq.
- BAUDRY-LACANTINERIE et SAIGNAT. — De la vente, 17 et seq.
- BEUDANT. — Cours de droit civil français. Vente et louage, chap. IV, sect. I.
- COLIN et CAPITANT. — Cours de droit civil français, t. II, p. 159.
- DEMOGUE. — Traité des obligations, t. II et IV, *passim* et notamment t. II et n^o 471 et seq.
- DEMOLOMBE. — Cours de Code Napoléon, art. 1589.
- GUILLOUARD. — Traité de la vente et de l'échange, I, 60.
- LAROMBIÈRE. — Traité des obligations, art. 1138, 16, t. I, p. 454 et seq.
- LAURENT. — De la vente, n^o 17.
- MAYNARD. — Livre 4, chap. 10.
- PLANIOL. — Droit civil français, t. II, n^{os} 1398 et seq.
- PLANIOL, RIPERT et PICARD. — Les biens *passim*.
- SALEILLES. — Etudes sur la théorie générale des obligations, n^o 138.
- TROPLONG. — Vente, t. 132.
- TARDE. — Les transformations du droit, p. 121.
- TOULLIER. — Droit civil, t. XIV, n^o 13.

RECUEILS ANONYMES

- DALLOZ. — Répertoire V^o vente, n^o 302 et seq.
— Nouveau répertoire pratique, V^o vente, n^o 280.
- J. Brétilard

ABRÉVIATIONS

Arg. art. Argument tiré de l'article.
Cass. Arrêt de la Cour de cassation.
C. C. Code civil.
C. C. D. Code civil annoté de Dalloz.
C. Pr. C. Code de procédure civile.
D. Recueil de Dalloz.
P. Pandectes françaises. Répertoire.
P. P. Pandectes françaises périodiques.
Rép. Dal. Répertoire de Dalloz.
Rép. Dal. Sup. Répertoire de Dalloz supplément.
Rép. prat. Dal. Répertoire pratique de Dalloz.
Fusier. Répertoire de Fusier-Hermann.
S. Recueil de Sirey.
T. Tome.
Vo Verbo au mot.

rare du pacte que révèle la pratique. On a voulu limiter le pacte de préférence à la matière de la vente, et il eut pû peut-être sur d'autres terrains fournir un instrument utile, car, bien loin d'être un numéro sous la rubrique générale des promesses de vente, le pacte de préférence nous apparaît comme un moule susceptible de se prêter à toutes opérations contractuelles. Et la meilleure des preuves de l'exactitude de notre opinion est que chacun de nos lecteurs a, maintes fois donné à un tiers une promesse de préférence. Il n'en est pas en effet qui n'ait à de nombreuses reprises essayé de se débarrasser d'un solliciteur en lui répliquant : Ce que vous me proposez est très bien, mais je ne suis pas encore décidé à traiter. Toutefois je vous donne l'assurance que si je venais à m'y décider, toutes choses égales, je traiterais de préférence avec vous. » Nous voudrions que nos lecteurs soient assurés en fermant cet opuscule qu'il y a là, non pas seulement une porte de sortie polie à des sollicitations embarrassantes, mais bel et bien une promesse susceptible de sanctions juridiques.

Quelle différence en effet y a-t-il entre cette défaite et notre pacte de préférence. Remplacez dans la phrase que vous avez si souvent prononcée le mot traiter par vendre, et vous reconnaîtrez notre pacte de préférence dont à l'envie depuis, quatre siècles et plus, les tribunaux proclament la validité et le caractère obligatoire. Ce mot vente, il n'est aucune bonne raison d'interdire de le remplacer par le nom d'un

contrat quelconque, bail (1), échange, société, mandat, assurance, et dès lors les sanctions reconnues au pacte de préférence en matière de vente doivent être appliquées à la promesse un peu légère de notre lecteur.

Qu'il se rassure cependant, car il n'est pas encore entré dans nos mœurs de prendre acte de semblables promesses, et le moment n'en paraît pas encore venu. Nous ne visons pas pour l'instant à jeter le discrédit sur une habitude polie, mais bien à examiner le caractère et les conséquences d'un pacte certainement aussi vieux que la vente ou l'échange.

Nous croyons pourtant qu'en ce qui concerne le pacte traditionnel, nous sommes arrivés à une heure favorable à son développement pratique, et nous avons cru devoir exposer dans les premiers chapitres de notre ouvrage les raisons de cette opinion. Elle est déjà en partie confirmée par l'apparition de plus en plus fréquente dans les recueils de jurisprudence d'espèces de la matière. Sauf deux arrêts isolés de 1869 et 1880 les soixante dernières années du xix^e siècle ne nous ont rien laissé sur notre pacte. Actuellement les décisions rapportées se font de moins en moins rares, si toutefois elles sont encore clairsemées. C'est le signe d'une reprise de l'institution, et nous même, pendant le cours de nos recherches nous n'avons été à même de rencontrer moins de trois exemples pratiques de pacte. Donc, et non seulement pour

1. Comp. sur la préférence pour un bail. Limoges, 5 juin 1899. D. P. 1903.241, motifs.

la justification de notre travail, nous croyons à la résurrection pratique du pacte de préférence.

L'idée de traiter ce sujet n'est pas de nous. Nous avons sollicité M. le Professeur Demogue de bien vouloir guider nos recherches sur un sentier parallèle peut-être de celui-ci, mais certainement plus fréquemment battu. Il a bien voulu nous diriger sur l'objet de cette thèse. Il nous a par là permis d'explorer un terrain juridique à peu près neuf et nous a réservé un champ d'investigation étendu. Les difficultés étaient nombreuses sur cette route, et il a bien voulu nous aider à les surmonter dans la mesure du possible, nous donner les conseils de sa haute autorité et de sa longue expérience. Qu'il veuille bien ici trouver l'hommage de notre gratitude.

10 janvier 1929.

LE PACTE DE PRÉFÉRENCE

CHAPITRE PREMIER

DÉFINITION ET UTILITÉ

Certains auteurs donnent du pacte de préférence la définition suivante : « C'est la clause par laquelle « le vendeur se réserve de reprendre la chose par lui « vendue de préférence à tout autre si son acquéreur « se décide à la remettre en vente ». Ce premier groupe qui outre Guillouard (1) auquel est empruntée la définition comprend Aubry et Rau (2), Beudant (3), Duvergier (4), limite donc ainsi le pacte de préférence à une stipulation contenue en un acte de vente et destinée à jouer un rôle somme toute assez analogue à celui du pacte de réméré.

L'autre groupe, représenté par Larombière (5), Laurent (6), plus récemment par Baudry-Lacantinerie et Saignat (7), définit avec le premier de ces auteurs le pacte de préférence comme « la clause par « laquelle le propriétaire d'une chose s'engage pour

1. *Traité de la vente et de l'échange*, 1.60.
2. *Cours de droit civil*, 5^e édit., t. 5, § 352, note 5.
3. *Vente et louage*, IV, sect. I, n^o 304.
4. T. XII, n^o 13.
5. *Traité des obligations*, art. 1138, 16, t. I, p. 454.
6. *De la vente*, n^o 17.
7. *Traité de la vente*, n^o 17.

« le cas où il l'aliénerait à la vendre de préférence à « telle personne ». Cette définition empruntée à Larombière a été adoptée sans grande modification par MM. Vallat (1), de Guillin (2), Robert Defaye (3) Leduc (4), Levrier (5) et Paul Ravoire (6), dans leurs thèses.

On voit tout de suite par la seule lecture des deux définitions ci-dessus que les deux groupes envisagés diffèrent entre eux par l'extension du rôle qu'ils assignent à l'opération juridique envisagée. Les premiers ne voient dans le pacte de préférence qu'une clause annexe à un acte de vente, et destinée à jouer au seul profit du vendeur, les seconds au contraire, voient une opération plus générale, susceptible d'être réalisée par une stipulation annexée à n'importe quel autre contrat, et même de faire l'objet d'un accord spécial et indépendant de toute convention. Les exemples que nous prendrons dans la pratique, montreront le fréquent emploi du pacte sous sa forme correspondant à la définition plus large de Larombière.

La quasi unanimité des auteurs, Larombière excepté, fait d'ailleurs intervenir une notion supplémentaire dans la définition qu'ils donnent : celle de la préférence donnée seulement à égalité de prix.

1. *Des promesses de vente*, p. 11.

2. *De la promesse unilatérale de vendre*, 1^{re} partie, chap. III appendice.

3. *Des promesses unilatérales de vente*, p. 148.

4. *Des avant-contrats*, livre 2, chap. II, p. 3.

5. *Des promesses de vente*, p. .

6. *Des promesses de vente en droit civil et fiscal*, p. 85, VII.

Nous verrons que, bien que se trouvant stipulée dans la majeure partie des espèces que nous aurons à étudier, cette notion supplémentaire n'est pas de l'essence du pacte de préférence et que l'on peut fort bien concevoir des pactes de préférence contenant l'indication d'un prix fixé à l'avance (1).

L'étude détaillée du pacte de préférence nous amènera peut-être à modifier les notions que nous venons de dégager sommairement. Pour l'intelligence de ce qui va suivre, nous nous contenterons simplement de la définition donnée plus haut de Larombière, quitte à indiquer le cas échéant les points sur lesquels elle se révélera comme insuffisante.

Cette définition fait donc apparaître le pacte de préférence comme une promesse de vente de nature spéciale, appelée à ne produire effet que par la réalisation de certaines conditions. C'est donc un simple « avant contrat », exclusif de tout engagement réciproque des parties, une promesse unilatérale de contracter.

Si la tradition impose à cette stipulation particulière le nom de « pacte de préférence » il arrive souvent de lui voir donner celui de « promesse de préférence » sous lequel elle semble avoir été plus anciennement connue. Nous n'hésitons pas, quant à nous, à préférer cette dénomination à celle que l'usage nous oblige à employer.

Le mot pacte à, en effet, juridiquement, un sens étroitement défini. Il implique, par lui seul, l'exis-

1. Larombière, *ibid.* Leduc, *op. cit.*, p. 23.

tence d'une véritable convention sur la nature et la portée de l'engagement souscrit par l'une d'elle à l'égard de l'autre. Il signifie que l'opération qu'il qualifie, participe du caractère des obligations conventionnelles, c'est-à-dire de celles nées de l'accord précis et formel de deux volontés. Or, nous ne tarderons pas à voir, en analysant le mode de formation « du pacte de préférence », que celui-ci implique au contraire l'existence préalable à toute acceptation d'une sollicitation ou offre vulgaire indépendante par définition de toute idée concurrente de la partie à laquelle elle est adressée. Nous verrons même, ce qui paraît peu conciliable avec l'idée de pacte ou de convention, reconnaître à cette promesse non encore acceptée une certaine force obligatoire pour celui qui l'a émise puisque dans certains cas son retrait intempestif ou son inobservation pourront donner ouverture à une action, par exemple au cas où cette violation ou ce retrait se produirait avant que le bénéficiaire ait pu prendre une décision sérieuse quant à son acceptation.

A ce moment de notre opération il ne saurait encore s'agir d'un pacte, impliquant accord de volonté sur un objet déterminé, mais seulement d'une proposition ou d'une offre de pacte.

D'autre part il est certain que la stipulation de préférence intervenue entre deux parties n'est jamais l'opération principale envisagée par elles, mais que dans l'hypothèse la plus générale elles ont en vue la réalisation éventuelle d'une vente ou de tout autre

contrat en vue duquel la préférence est accordée, et c'est là l'objet principal de leurs préoccupations. Le terme de promesse, là encore, indiquerait mieux aux personnes peu initiées à la technique du langage juridique, et d'une manière qui leur serait plus directement intelligible, le but poursuivi, sans qu'il soit sacrifié quelque chose de la précision indispensable à tout acte juridique.

Nous ne pouvons donc que regretter que l'expression anciennement si employée de promesse de préférence ait disparu ainsi au profit de celle de pacte de préférence qui, pour être ressuscitée du droit romain ne donne, loin de là, aucune précision supplémentaire sur l'opération qu'elle qualifie. Mais la pratique est désormais fixée en ce sens..... et a adopté l'expression de promesse de préférence. Nous ne saurions nous soustraire à cette coutume, et elle nous a forcé à adopter pour notre étude le titre de pacte de préférence.

CHAPITRE II

UTILITÉ ET EMPLOI DU PACTE

La définition, qu'avec quelques réserves, nous venons de donner du pacte de préférence, suffit à donner déjà une idée de son utilité et de son emploi.

Celui-ci, en matière de vente, joue un rôle que l'on a souvent rapproché de celui qui est dévolu à la promesse de vente. Il en diffère surtout par la liberté plus grande qu'il laisse au promettant.

La promesse de vente en effet, implique que, décidé à vendre, le promettant s'en est complètement remis au seul stipulant quant à la réalisation de l'acte projeté. Le promettant a, le plus généralement déterminé de façon définitive, toutes les conditions et le prix qu'il s'engage à souscrire au seul désir du stipulant de telle sorte qu'il ne manque à sa promesse pour présenter tous les caractères d'une vente ferme que la déclaration de volonté d'acheter du stipulant.

Le pacte de préférence, au contraire, réserve toute liberté au promettant d'aliéner à son gré. Il réserve également au stipulant toute possibilité d'acceptation ou de répudiation des conditions, celui-ci étant entièrement libre de réaliser ou non au moment où le promettant se décidera à l'aliénation de la chose,

et ce au contraire de ce qui se passe dans la promesse d'acheter.

Nous aurons à déterminer par la suite à quel moment précis naît l'obligation de vendre du promettant, et quelles sont les conditions nécessaires à sa réalisation. Disons tout de suite cependant que la naissance de son obligation ne dépendra jamais que d'un acte de sa volonté. Toutefois nous pouvons dès maintenant entrevoir l'emploi qui pourra être fait du pacte de préférence.

Qu'un cultivateur veuille se réserver la possibilité d'acquisition de la ferme qu'il tient à bail lorsque le propriétaire voudra la vendre, même si ce dernier lors du bail ne songe pas à aliéner, qu'une nouvelle firme industrielle veuille se réserver tout à la fois la possibilité de se rendre propriétaire des immeubles qu'elle occupe en même temps que celle d'évincer un concurrent éventuel, on voit quel est dans ces hypothèses l'intérêt d'un pacte de préférence. En matière de vente mobilière, on peut fort bien concevoir (1) le cas d'un commerçant, qui, désireux de s'assurer de l'exclusivité d'un produit, trouve intérêt à se faire consentir une promesse de préférence, au lieu de se porter acheteur ferme de marchandises qui excéderont peut-être par leur quantité ses facultés pécuniaires et de débouchés.

Les opérations désastreuses que souvent ont été

1. Voir par exemple : Trib. com. Mulhouse, 7 juin 1838, sous Colmar, 3 déc. 1839 ; S. 1839.2.207 ; Req., 12 juillet 1892. D. P. 93.1.391.

contraints de réaliser les auteurs de promesses de vente dans ces dernières années, malgré le secours que leur a porté la Cour de Cassation par ses arrêts des 14 novembre 1916 (D. P. 1921.1.34) et 1^{er} août 1924 (D. P. 1925.1.23), semble devoir proscrire de la pratique pour plusieurs années, un contrat qui présente cependant des avantages économiques incontestables. La promesse de préférence, sous condition d'égalité de prix, semble devoir, au contraire, mettre les propriétaires d'immeubles à l'abri des surprises désagréables qu'ils redoutent, en même temps qu'elle donne au bénéficiaire de la promesse qui sera généralement un locataire, les sécurités qui lui sont le plus immédiatement nécessaires.

Il semble que la loi récente du 30 juin 1927 sur la propriété commerciale, qui restreint considérablement les droits du locataire commerçant en face d'un propriétaire désirant par l'exercice d'un droit de reprise s'installer à sa place, imposera de plus en plus aux commerçants qui voudraient se mettre à couvert d'un risque semblable, la précaution de se faire consentir une promesse du genre de celle que nous envisageons. L'interprétation large que semble devoir faire la jurisprudence des dispositions légales concernant le droit de reprise ne pourra que multiplier le nombre de commerçants qui se voudront mettre à l'abri d'une éviction d'un acquéreur éventuel par la stipulation d'un pacte de préférence.

Il y a dans la pratique peu de chances pour qu'un locataire, qui demanderait à son propriétaire la sti-

pulation d'un pacte de préférence se le voit refuser. Cette promesse, n'est en effet susceptible de léser en rien les intérêts pécuniaires de celui qui la consent, puisque la vente, si elle a jamais lieu, ne sera réalisable qu'à sa seule volonté et sous les seules conditions qu'il lui plaira d'imposer et qu'il aura par ailleurs été disposé à accorder à un tiers. Le stipulant, n'a d'autre part, rien à craindre d'une promesse qui ne pourra à aucun moment faire violence à sa volonté.

Nous venons de voir que le pacte de préférence pouvait être utilement employé par le locataire qui, désire se mettre à l'abri d'une éviction. C'est là, dans la pratique, l'emploi le plus fréquent et presque toujours dans les espèces de jurisprudence, ses applications se rencontrent sous la forme d'un pacte adjoint à un bail. Il serait insuffisant de voir dans cet emploi la seule utilité du pacte de préférence.

Il semble, qu'à l'origine, le pacte de préférence ait été utilisé surtout au bénéfice d'un vendeur d'immeuble qui se proposait de se porter à nouveau acquéreur du bien qu'il venait d'aliéner au cas où il serait remis en vente. Il évitait ainsi le risque de voir passer un bien auquel il était parfois attaché dans les mains de tierces personnes. L'utilité de cette stipulation, qui se rapproche beaucoup de la convention de réméré, saute aux yeux. Si d'une part, le promettant ne peut contraindre son acquéreur à lui restituer la chose, comme il le peut dans l'hypothèse de l'article 1659, il n'est pas, d'autre part, soumis pour

l'exercice de son droit au délai de cinq années édicté par l'article 1660. Cette utilisation du pacte de préférence est d'autant plus avantageuse que rien n'empêche le vendeur de se réserver successivement le bénéfice des deux stipulations (1).

Nous avons indiqué, en passant, l'utilité que pourrait présenter le pacte de préférence en matière commerciale pour réaliser l'achat de denrées ou de marchandises. L'exemple, donné par l'arrêt de Cassation du 12 juillet 1892 cité plus haut (D. P. 93.1.391) permet de voir quelle utilisation peut être faite pour préparer la conclusion de ventes au cours du jour en même temps que pour assurer au stipulant l'exercice d'un monopole s'il le désire.

Les méthodes actuelles des maisons d'édition qui devant la vogue des publications en séries et à tirage limité, s'engagent à donner la préférence au souscripteur de la collection entière, fournit un type d'emploi maintenant extrêmement fréquent de promesse de préférence.

En matière commerciale le pacte de préférence peut très bien se présenter sous la forme d'un engagement de ne pas vendre au-dessous d'un cours déterminé sans avis du stipulant. Cet engagement est licite et obligatoire et en cas d'inexécution se résout en dommages-intérêts (Trib. com. Mulhouse, 7 juin 1848, et Cour d'Appel de Colmar, 4 décembre 1848. S. 1859.2.207.)

1. Voir par exemple, Nîmes, 11 février 1819. Rép. Dalloz, V. vente, n° 1449.

La promesse de préférence pourra également se présenter sous la forme d'un droit de prélèvement de certaines marchandises. Req. 12 juillet 1892. D. P. 93.1.391.

Une dernière question se pose pour en terminer avec l'utilité d'une promesse de préférence. Est-elle limitée à son rôle envisagé jusqu'ici d'avant-contrat de vente ? M. Leduc dans sa thèse (1) indique qu'un pacte de préférence est concevable en matière de bail et un arrêt de Limoges du 5 juin 1899 (D. P. 1903. 2.41), semble consacrer implicitement cette solution qui n'est, en effet contraire à aucune disposition légale. Il nous paraît certain que cette stipulation d'une utilité pratique incontestable doit être tenue pour valable. Elle sera principalement utilisée dans les rapports entre propriétaire et locataire lorsque ce dernier voudra se réserver de s'aggrandir aux dépens d'un autre immeuble ou d'une autre portion d'immeuble appartenant au même propriétaire. Un exemple est donné par un jugement récent du tribunal civil de Bourg (2) qui présente l'hypothèse d'une promesse de préférence portant sur une location éventuelle d'une partie d'immeuble distincte de celle occupée par le bénéficiaire. Il semble même, ce que nous n'avons pas entrevu que dans l'espèce envisagée par le tribunal de Bourg, la clause avait pour but, bien moins de procurer un aggrandissement au bénéficiaire, que de lui fournir un moyen d'évincer

1. *Op. cit.*, 255.

2. Trib. civ. Bourg, 9 juin 1828. *La Loi*, 23 juin 1929.

un locataire indésirable, et (le bénéficiaire était une banque), susceptible par sa présence de porter préjudice à son activité commerciale.

Mais bien plus généralement, il nous paraît que la stipulation de préférence doit pouvoir permettre de réaliser tous actes translatifs de droits généralement quelconques et de jouer à propos des actes constatant ces cessions un rôle analogue à celui que lui assigne la tradition comme avant contrat de vente. Nous concevons fort bien quant à nous, en matière de sociétés par exemple ou entre un patron et l'un de ses collaborateurs dont il se proposerait de faire éventuellement un associé, une stipulation de préférence. De même en matière de contrat de travail, de mandat, de prêt, etc... Les mêmes raisons qui militent pour la validité de la promesse de préférence en matière de vente nous forcent à admettre cette validité dans toutes ces hypothèses.

La matière des sociétés présente aussi des hypothèses assez analogues à celles de notre étude.

Tout d'abord on peut concevoir, et la pratique en offre des exemples, qu'un associé apporteur d'un immeuble à la société soit propriétaire d'un autre immeuble voisin, inutile au moment du pacte au fonctionnement de la société. Mais dans un but de prévoyance l'on peut imaginer que la société veuille se réserver le droit d'acquérir l'immeuble par préférence au cas où l'associé voudrait l'aliéner.

Mais la matière des sociétés par action nous offre un exemple beaucoup plus fréquent de droit de préférence:

Il est des statuts de société qui tendent à constituer un véritable et authentique droit de préférence sur les actions de la société qui viennent à être mises en vente. Cette clause qui a pour but de restreindre la liberté de transmission des actions en évitant l'accès de la société à des personnes étrangères à un certain milieu, ou à des concurrents désireux d'y apporter le trouble, est stipulé soit au profit des actionnaires, soit à celui de la société elle-même, soit au profit des donneurs d'ordre que la société désigne aux vendeurs. Elle a donné lieu à d'assez nombreuses décisions de jurisprudence qui l'ont reconnue valable et licite (1).

Le caractère assez particulier de ces prescriptions statutaires est souvent dans ces hypothèses exercé, non à égalité de prix, mais pour un prix déterminé, soit par le cours défini par la société ce qui tend à soustraire l'action à la spéculation, soit par le pair, soit le plus souvent à un prix variable, fixé périodiquement par le conseil d'administration ou par l'assemblée générale. Ces dispositions tendent donc également, outre les fins indiquées plus haut à stabiliser le cours des actions. Stipulé au profit de la société, ce droit apparaît aussi comme un moyen de réduire le capital social.

Il est bien certain que ce droit ne pourra commodément s'exercer que sur des titres à forme nominative. Seule, en effet, l'opération du transfert pourra

1. Cass., 13 mars 1882. S. 83.1.327 ; Cass., 14 mai 1895, 599.1.327.

permettre à la société où aux actionnaires d'exercer le droit envisagé dans le délai stipulé. (1) Nous sommes ici dans la matière même de notre étude, et toutes les règles que nous aurons l'occasion d'énoncer comme recevant leur application en cas de stipulation de préférence y seront également applicables.

D'autre part on peut encore rapprocher de notre sujet le droit de préférence accordé lors de l'émission d'action ou d'obligations nouvelles aux porteurs d'actions anciennes ou de parts de fondateurs, la plupart du temps même, en limitant le nombre d'actions nouvelles dont la souscription est permise proportionnellement au nombre d'actions ou de parts de fondateurs déjà détenues par les souscripteurs de titres nouveaux. Ce droit est en son essence absolument analogue à tous les droits de préférence que nous pourrions envisager, il concerne alors le droit à la préférence en cas de souscription publique. Il a fait l'objet d'une jurisprudence assez considérable qui a eu pour but principal de reconnaître sa cessibilité, principe que nous admettrons ultérieurement, sauf convention contraire, dans toutes les hypothèses de préférence (2).

On est maintenant d'accord pour reconnaître que tous les contrats du droit civil peuvent trouver application dans les rapports des états entre eux. Pour justifier cette théorie relativement récente, le droit

1. Voir à ce sujet Houpin et Bosvieux, *Traité des Sociétés*, 464 ; Wahl, *Précis de droit commercial*, 487-489.

2. Houpin et Bosvieux, *Traité des Sociétés*, n° 900 ; Wahl, *Traité de droit commercial*, 76.

international public offre à notre connaissance au moins un exemple de promesse de préférence.

Par lettre du 23 avril 1884, l'Association internationale du Congo, désirant donner une nouvelle preuve de ses sentiments amicaux pour la France, s'engageait envers elle à lui donner le droit de préférence si, pour des circonstances imprévues, l'association était amenée un jour à réaliser ses possessions. Le 24 avril suivant, le ministre des Affaires étrangères Jules Ferry, prit acte de cette déclaration et la notifia aux puissances.

Un accord franco-belge du 5 février 1895 reconnut le droit de préférence de la France en spécifiant qu'il s'appliquait à la totalité du territoire. La Belgique, qui comptait alors annexer le territoire s'engageait à n'en jamais faire de cessions totales ou partielles à des tiers. L'annexion n'ayant eu lieu qu'en 1905, un arrangement du 23 décembre 1908 reconnut la validité de l'acte de 1884 et les clauses de l'accord de 1895.

Nous n'insisterons pas davantage sur ce cas très particulier de pacte de préférence. Nous nous bornerons à signaler que, contrairement à ce que nous admettrons pour le pacte du droit civil, nous ne croyons pas d'accord en cela avec M. Nyss (1) à la possibilité de cession d'un pacte de cette nature. Il nous paraît en effet certain que les motifs d'un acte

1. Du droit de préférence accordé par un Etat à un autre en cas de cession, échange ou vente de territoire. *Journal de droit international privé*, 1912, p. 137.

de ce genre ne sont, en rien, analogues à ceux d'ordre économique qui justifient le pacte de préférence dans ses rapports de droit public. Il faut ici considérer que seuls les rapports politiques des deux états en cause ont justifié la conclusion de semblable accord qui apparaît ainsi du même genre qu'un contrat civil conclu *intuitu personnae*, et non susceptible, par conséquent, de cession à des tiers. Notons aussi (nous aurons à revenir sur cette idée) lorsque nous examinerons la conservation du droit du stipulant à l'égard des tiers que le Gouvernement français a cru devoir, pour conserver son droit, le notifier officiellement aux puissances.

CHAPITRE III

DU DROIT DE PRÉFÉRENCE ACCORDÉ PAR LA LOI

Notre étude se bornera au droit de préférence envisagé dans le cadre du droit des conventions. Il ne nous paraît pas inutile, pour préciser la notion de préférence, d'indiquer toutefois par quelques exemples que l'on voit la loi elle-même accorder à certaines personnes, soit en leur qualité de propriétaire d'un bien déterminé, soit comme présentant une qualité définie, un droit d'être préférées à tous autres concurrents en vue de la passation d'un contrat déterminé.

Nous n'avons pas l'intention de dresser un inventaire complet des divers droits de préférence ouverts par la loi. En raison du nombre considérable de textes qui créent de semblables droits, un tableau de ce genre serait extrêmement difficile à dresser. Nous nous bornerons donc à montrer par des exemples que des droits de préférence de ce genre se peuvent rencontrer aussi bien dans la matière du droit civil que dans celle de l'administration principalement en vue de la passation de contrats de travail ou de ventes d'immeubles et que dans l'un

et l'autre droit, la préemption est justifiée par deux ordres de considérations.

Lorsque le droit de préférence a pour but d'assurer au propriétaire d'une chose l'acquisition ou la jouissance d'un bien les exemples que nous présenteront montreront que ce droit de préemption est toujours concédé en vue de l'avantage, plus grand que pour quiconque, qu'offre pour le bénéficiaire le bien qui est l'objet d'un droit de préemption. D'un autre côté lorsque le contrat pour lequel il est reconnu un droit de préférence est un contrat de travail, le bénéficiaire apparaît alors comme présentant une aptitude particulière à l'emploi offert, ou comme digne par sa situation personnelle d'un intérêt le recommandant spécialement pour la place envisagée.

Des exemples feront mieux ressortir cette distinction.

La loi du 5 décembre 1922, article 6 modifiée par la loi du 16 avril 1925 a institué un droit de préemption au profit des sociétés et offices publics de construction à bon marché sur tous les immeubles vendus ou acquis avec sous le régime des habitations à bon marché. Ce droit peut être exercé chaque fois que le propriétaire manifeste l'intention d'aliéner son immeuble pendant un délai de dix années après la libération. Le droit de préemption s'exerce moyennant le remboursement du prix d'acquisition, des frais et loyaux coûts, des réparations nécessaires et utiles effectuées par le propriétaire dans sa maison.

Cette législation qui offre un exemple remarquable

de droit de préemption pour un prix qui échappe à la loi de l'offre et de la demande et qui ne tient pas compte de la valeur vénale de l'immeuble au moment de son exercice n'a pas été modifiée par la loi du 13 juillet 1928.

La Cour de Paris a jugé le 9 février 1925 que les hypothèques créés par le propriétaire devaient être respectées.

Le Code Civil offre un exemple remarquable d'un droit de préférence de la première catégorie. Il est écrit dans l'article 563 tel qu'il a été modifié par la loi du 8 avril 1898.

Il décide que le riverain d'un cours d'eau navigable ou flottable qui déplace ou abandonne son lit peut acquérir la propriété de ce lit, en droit soit, jusqu'à une ligne supposée tracée au milieu de la rivière à un prix fixé par experts. Un délai de trois mois à compter d'une notification administrative faite par le préfet est ouvert aux intéressés pour faire connaître leur volonté de bénéficier de la faculté qui leur est ouverte (1).

Le droit ainsi reconnu aux riverains nous paraît absolu et il nous semble que le propriétaire qui aurait vu attribuer à un tiers la portion de lit sur laquelle il jouit d'un droit de préemption serait recevable à faire annuler la décision administrative qui aurait procédé à l'aliénation.

Bien qu'emprunté au Code Civil notre exemple

1. Sur l'article 563 tel qu'il a été modifié par la loi du 8 avril 1898. Voir Planiol, Ripert et Sicard, *Les biens*, n° 261.

paraît se lier fortement au droit administratif. C'est qu'il en est certainement issu, et il n'y a pas de doute que la loi de 1898 ne se soit inspirée des lois administratives en vigueur, notamment en matière de déclassement des chemins.

La loi du 24 mai 1842 ouvre dans son article 3 un droit de préemption au profit des riverains d'une route déclassée, chacun au droit de sa propriété. Un délai de trois mois à compter du décret de déclassement est ouvert aux propriétaires pour faire connaître leur décision à cet égard et le prix de cession est fixé par le jury d'expropriation.

Une procédure analogue est prévue par la loi du 24 mai 1836, pour le déclassement des chemins vicinaux, mais le prix est alors fixé par experts (art. 53). Il semble que dans l'un et l'autre cas le bénéficiaire du droit de préemption soit fondé au cas où son droit a été méconnu à exiger, chaque fois que les formalités ont été omises, l'annulation de l'acte qui a transféré à un tiers la propriété contestée pour se la voir attribuer. C'est lui reconnaître un véritable droit réel que le caractère d'ordre public de la loi permet de sanctionner (1).

Enfin la matière des chemins ruraux nous offre un droit de préemption analogue au profit du riverain du chemin déclassé, loi du 20 août 1881, art. 17.

1. Voir en matière de routes nationales, Riom, 24 juillet 1876. D. P. 1877.2.25, et en matière de chemins vicinaux, Cons. d'Etat, 6 août 1887. D. P. 82.2.126 et Req., 13 nov. 1894. D. P. 95.1.201.

Mais la jurisprudence s'est refusée à reconnaître le droit pour les riverains de contraindre la commune propriétaire à leur céder le terrain prévu par la loi, cette contrainte semblant à la Cour de Cassation incompatible avec le droit de propriété. Cette solution qui paraît en contradiction avec la jurisprudence citée plus haut, et avec les conséquences que tire la même Cour de Cassation de la connaissance par un tiers acquéreur, du droit de préférence conventionnel consenti par le propriétaire. Or il nous paraît difficile d'admettre qu'on puisse prétendre ignorer ce droit de préférence légal (1) (2).

La plus vieille des lois consacrant ce principe est celle du 16 septembre 1807 sur l'alignement. Mais d'après la législation de l'alignement si les riverains de la voie rétrécie sont admis à exercer le droit de préemption sur la bande qui fait face à leur immeuble, en sens inverse, l'administration trouve dans la loi le droit d'exproprier pour le tout l'immeuble dont le propriétaire refuse à exercer le droit de préemption.

On peut rapprocher également de notre matière le droit accordé par l'article 60 nouveau de la loi du 3 mai 1841 au propriétaire exproprié de demander la remise du terrain non employé à l'exécution du travail public. Le prix est alors fixé par le jury d'expropriation.

C'est en matière de louage d'ouvrage que se trou-

1. Voir plus loin chapitre

2. Sur le droit de préférence en matière de voirie, voir Dalloz, *Rép. prat.*, V. *Voirie*, n° 26 et seq. 250 et seq. 908 et seq.

vent encore les plus nombreux exemples de louage d'ouvrages. Ces dispositions peuvent être prises par la loi, en vue de garantir un meilleur recrutement de l'employé. Ainsi par exemple l'ordonnance du 31 mai 1846, art. 19 qui ouvre aux seuls élèves de l'Ecole des chartes un droit de préférence pour les emplois de commis dans les bibliothèques classées. Souvent aussi elles visent à procurer un avantage au bénéficiaire. Dans cet ordre d'idées il faut rappeler les nombreuses lois qui tendent à réserver aux militaires de carrière certains emplois civils, ou qui tendent à accorder un droit de préférence à certaines catégories de personnes, aux bénéficiaires de la loi de 1919 sur les pensions par exemple :

Le contrat de travail n'est pas seul à offrir des exemples de préférence administrative. On peut rapprocher de la matière du louage le droit de préférence qu'accordent aux commerçants riverains certaines ordonnances municipales pour l'occupation temporaire de la voie publique par des étalages.

La dernière innovation législative importante dans notre matière est celle de l'article 3 de la loi du 30 juin 1926 sur la propriété commerciale. Relativement au renouvellement du bail en cours ce texte dispose (§ 6) : « Si le propriétaire justifie d'une offre faite par un tiers, les arbitres vérifieront la sincérité et la réalité de cet offre que le propriétaire pourra accepter si le locataire ne peut faire une offre égale. Le prix du loyer sera alors fixé au montant de l'offre reconnue sincère et réelle ».

Très certainement le législateur a eu en vue de concéder sous ce texte un droit de préférence en faveur du locataire. C'est ce qui résulte à l'évidence de la discussion de la loi. (Voir notamment Sénat, rapport Morand, annexe n° 142, *Journ. Off.* 18 mai 1924, p. 96). Mais il n'a pas voulu comme cela est cependant d'ordinaire en matière contractuelle, laisser fixer le prix par la libre concurrence et il a pris des mesures, peut-être peu efficaces pour écarter la spéculation. Il ne rentre pas dans le cadre de notre étude d'en apprécier la valeur, bien que nous aurons à voir le cas où le bénéficiaire d'un pacte de préférence se trouve en face d'une offre de complaisance, mais nous avons à examiner particulièrement le cas où, contrairement aux dispositions de la loi, le propriétaire passe bail à l'auteur de l'offre acceptée par le locataire (1).

A première vue on serait tenté de décider que le propriétaire ayant contrevenu à une obligation légale de faire ne sera passible que de dommages-intérêts. Mais l'article 13 de la loi dispose que « sont nulles et de nul effet, quelle qu'en soit la forme, les clauses, stipulations et arrangements intervenus dans le but de faire échec au droit de renouvellement ». Les tribunaux pourront-ils utiliser cette disposition pour annuler le bail, c'est-à-dire pour évincer le nouveau locataire ? Il nous semble que oui. La jurisprudence

1. Sur le caractère de sincérité de l'offre, voir les nombreuses décisions citées par *Gazette du Palais*, tables 1928, 2^e semestre. V. *Bail*, n^{os} 121 et seq.

que nous étudierons plus loin (1) est depuis longtemps fixée en ce sens que le tiers qui connaît l'existence d'un droit de préférence et qui contracte avec le promettant en fraude de ce droit manifeste une mauvaise foi qui permet l'annulation à son préjudice du contrat qu'il a souscrit. Or dans notre espèce l'offrant ne pourra prétendre ignorer le droit de préférence du locataire commerçant qui occupe les lieux. Il aura donc le devoir d'exiger avant de contracter que la preuve lui soit rapportée que l'occupant des lieux ne peut prétendre au renouvellement en face de lui, ou qu'il n'a pu couvrir son offre. Dans le cas contraire il pourra subir l'éviction et il n'eut même pas été besoin à son égard de la règle d'ordre public de l'article 13 pour permettre aux tribunaux de la prononcer, les principes admis étant suffisants pour légitimer cette solution.

Comme l'on voit la législation offre de nombreux exemples de droits de préférence au profit d'individus ou de situations diverses. Or nous pouvons remarquer par ce dernier exemple que ce droit légal ne diffère en rien ni par sa nature, ni par ses sanctions du pacte de préférence conventionnel que nous allons maintenant étudier.

1. Chap. IX.

CHAPITRE IV

ORIGINES DU PACTE DE PRÉFÉRENCE

Le pacte de préférence était connu dans l'ancien droit sous le même nom qu'il porte maintenant. Naturellement nos anciens auteurs avaient cherché à le rattacher au droit romain. Sans les suivre sur ce terrain, peut-être hasardeux, il suffit de mentionner que Cambolas (1) indique un arrêt du 27 février 1590 du Parlement de Toulouse qui décide que le pacte de préférence n'est valable (entendez sanctionné par la remise au stipulant de l'objet de la promesse) qu'autant qu'il a été fait en la tradition de la chose. Nous aurons l'occasion de retrouver fréquemment cette distinction entre les deux catégories de pactes ainsi créés.

Un arrêt en la même matière du Parlement de Paris en date du 17 avril 1586 est rapporté par Maynard (2) et d'Espece (3). Cet arrêt approuvé par les deux auteurs et rendu conformément au dispo-

1. Jean de Cambolas, *Décisions notables sur diverses questions de droit jugées au Parlement de Toulouse*, livre I, chap. XVIII.

2. Maynard, livre IV, chap. X et XI.

3. D'Espece, *Œuvres des contrats*, 1^{er} partie, tit. I, sect. V.

sitif d'un autre arrêt de Toulouse de septembre 1581 dont il ne semble pas que le texte nous soit parvenu, décide qu'est nulle au regard de l'acheteur, la vente d'un bien avec rente constituée sans qu'en ait été avisé le précédent vendeur, alors que celui-ci avait stipulé à son profit comme condition du contrat un droit de préférence. Nous verrons que maintenant encore l'une des principales obligations qui pèsent sur le promettant lié par un pacte de préférence consiste justement dans l'obligation qui lui est imposée de dénoncer au stipulant toute vente qu'il se propose de réaliser.

Ces décisions qui nous sont ainsi parvenues, les commentaires qui en ont été faits, et les traités anciens nous montrent la différence capitale que faisaient nos anciens auteurs entre les conséquences du pacte de préférence et la sanction de son inobservation selon qu'il était ou non stipulé au profit d'un vendeur « en la tradition de la chose ». Jean de Cambolas nous apprend en effet en s'appuyant sur les autorités de Bartholle et de Cujas que n'est pas valable le pacte de préférence stipulé en dehors de la tradition. Il faut plutôt comprendre que les effets s'en trouvaient singulièrement réduits. Fait en la tradition de la chose, il autorisait le vendeur dont le droit avait été méconnu et qui avait été victime d'une aliénation faite à un tiers à son insu à revendiquer la chose et à faire annuler la vente pour se faire remettre en possession du bien qui lui avait été promis. Dans ce cas on reconnaissait donc au bé-

néficiaire du pacte un véritable droit réel (1).

Au contraire stipulé au profit d'un autre qu'un vendeur, le pacte de préférence n'engendrait plus en cas d'inobservation qu'un droit pour le bénéficiaire à obtenir du promettant des dommages-intérêts sans que l'acquéreur put être inquiété.

Cette distinction était tellement traditionnelle que les tribunaux lors de la mise en vigueur du Code Civil en étaient encore imprégnés. Il fut fréquemment plaidé devant eux pendant de longues années que le pacte de préférence lié à un contrat de vente engendrait un droit réel, et l'on retrouve un certain nombre d'arrêts qui établissent nettement les divergences existant entre le nouveau et l'ancien droit. Le plus curieux et le plus net à cet égard est un arrêt de la Cour de Grenoble de 1827 qui infirmant un jugement inspiré par la jurisprudence ancienne pose nettement cette distinction qui ne sera plus mise en doute (2).

Elle est pourtant importante. Elle est à l'origine de la confusion que, comme nous l'avons signalé, font de nombreux auteurs qui ne voient dans le pacte de préférence qu'une stipulation au profit du vendeur annexée à une vente, et comme une de ces conditions. Il va falloir aussi arriver jusqu'à nos jours pour que les tribunaux trouvent moyen de donner une sanction efficace au pacte de préférence en utilisant, aussi largement que possible, la notion de fraude aux droits

1. Voir notamment D'Espeisses, *loc. cit.*, 1827.2.245.

2. Grenoble, 11 mai 1825. S. 1827.2.245.

du stipulant qui leur permettra de rescinder l'acte frauduleux.

D'ailleurs, il ne semble pas que l'on ait autrefois attaché une grande importance à cette institution juridique. Pothier qui s'étend longuement sur les promesses de vente ordinaires n'en dit mot. Le Code Civil, il est à peine besoin de le dire, ne comporte aucun texte sur la question et les travaux préparatoires du Code font apparaître que la question du pacte de préférence est demeurée inconnue de ses rédacteurs et que cette omission n'a été signalée par aucun des tribunaux d'appel consultés.

CHAPITRE V

LE PACTE DE PRÉFÉRENCE DANS LES LÉGISLATIONS ÉTRANGÈRES

Nous avons déjà indiqué que le Code Civil français ne comportait aucune disposition impliquant même l'existence de pactes de préférences. La jurisprudence a donc été seule à opérer la construction juridique de sa théorie et, comme nous le montrerons plus loin, elle a utilisé pour cela les dispositions qu'elle trouvait dans le code relativement à la liberté des conventions (articles 1134 et 1135 du Code Civil), à l'obligation de donner (articles 1136 et suivants du Code Civil) et pour sanctionner la convention aux articles 1146 et suivants. Disons tout de suite qu'elle a trouvé son principal obstacle dans l'article 1174 qui déclare nulle toute obligation « lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige ». La simple définition du pacte de préférence laisserait en effet, supposer au premier abord, qu'il est vicié par une condition potestative de la part du promettant.

Dans les législations étrangères nous trouvons au contraire dans plusieurs états la consécration légis-

lative de promesses analogues, tandis que d'autres, au contraire, semblent les ignorer. Dans ce dernier groupe il convient de rechercher si rien dans les prescriptions légales n'empêche la validité de pacte ou de toute autre construction juridique originale tendant au même but.

Si nous considérons les états qui vivent sous l'empire du Code Civil ou des codes qui en sont issus, nous allons trouver dans la théorie générale des obligations, des dispositions analogues à celles dont s'est servie la jurisprudence française pour valider le pacte de préférence. C'est ce qu'indique Bettjens sous l'article 1589 du Code Civil belge annoté, et qui écrit : « Le pacte de préférence est la stipulation par laquelle on promet que toutes choses égales on vendra une chose déterminée à telle personne. Il ajoute qu'il n'y a là qu'une promesse unilatérale de vendre qui ne produira effet que, si le propriétaire se décide à vendre ». Ces solutions sont conformes à celles du droit français. Nous aurons l'occasion de voir dans le cours de cette étude que les tribunaux belges l'ont basée sur des textes et des arguments analogues à ceux dont ont usé les tribunaux français.

Le Code Civil d'Haïti, étant la copie à peu près textuelle du Code Civil français, les solutions qui ont été admises chez nous, ne sauraient sous son empire, rencontrer d'obstacles.

Il en est de même de la législation néerlandaise qui contient en matière d'obligations des dispositions très sensiblement analogues à celles de notre droit.

Une difficulté, même soulevée en droit français par l'application de l'article 1174 de notre Code, ne se rencontrera pas en Hollande. En effet, si l'article 1292 néerlandais dispose, comme notre article 1174, que la condition potestative de la part de celui qui s'oblige est nulle, ce texte précise, que cette nullité n'est atteinte, qu'autant que l'exécution de l'obligation dépend exclusivement de la volonté de celui qui s'oblige. Il précise en outre, que, si le fait dont l'accomplissement est au pouvoir de l'obligé s'est produit, l'obligation sortira effet. On voit qu'ainsi la disposition néerlandaise tend à rendre recevable l'action en exécution d'une obligation potestative lorsque la condition s'est réalisée. Or, comme dans la pratique la nullité de la clause est généralement soulevée en défense à l'action en dommages-intérêts pour infraction, à l'obligation de faire, contenue dans la promesse, elle ne pourra plus dans l'état de ces textes être utilement soulevée à ce moment. Le pacte de préférence est donc certainement valable et pourvu de sanctions dans la législation néerlandaise.

Un certain nombre de législations semblent au contraire ne pouvoir que difficilement admettre la validité du pacte de préférence. Parmi celles-ci citons la législation portugaise.

Le Code civil portugais dans son article 1548 ne voit dans la promesse de vente qu'une obligation de faire, solution qui semble contraire à notre article 1590, mais qui est au contraire parfaitement en

harmonie avec notre théorie jurisprudentielle sur la promesse unilatérale de vente. Mais cet article exige, pour reconnaître la validité de la promesse ainsi entendue, que celle-ci soit accompagnée, non seulement de la spécification de la chose, mais encore de la fixation du prix.

C'est là une disposition de nature à retirer toute utilité au pacte de préférence qui n'est guère pratique que sous forme de promesse d'égalité de prix. Bien que l'article 672 du Code portugais proclame le principe de la liberté des conventions, il semble que, sous son empire, la promesse de préférence pour un prix déterminé, puisse seule être pratiquée.

Le groupe de législations, de beaucoup les plus intéressantes en la matière, est évidemment constitué par les législations germaniques. Si nous les prenons par ordre de date nous verrons que le Code Civil autrichien consacre à notre matière huit articles (1072 à 1079) sans que ces articles aient été touchés par la réforme de 1912-1917 et que le Code Civil pour l'Empire allemand lui en consacre onze (504 et 514).

L'on peut s'étonner de voir le Code Fédéral suisse des Obligations ne faire qu'une brève mention dans son article 959 du droit de préférence qui porte, d'ailleurs, dans la traduction officielle, le nom de droit de préemption (*Vorkaufrecht*). S'il n'en reconnaît pas moins, par cette seule mention du droit de préférence dans l'énumération des droits qui peuvent être « annotés » au livre foncier, l'existence et la

validité du pacte de préférence, son laconisme s'explique par la disposition du § 1 de l'article 231 qui dispose : « Les ventes d'immeubles sont régies par le droit cantonal ». Or, dans la pratique, le droit de préférence ne s'exerce guère que sur les immeubles, et c'est son application aux immeubles qui justement soulève les plus graves difficultés par le concours de droits réels et personnels qu'il peut créer sur les héritages qui en sont l'objet.

Naturellement nous trouvons dans le droit cantonal des dispositions relatives au pacte de préférence en matière immobilière. Contentons-nous, pour l'instant, de citer le plus complet d'entre eux, le Code Civil du canton de Zurich qui consacre au Vorkaufrecht ses articles 448, 449 et 450.

La plupart des solutions données par ces codes sont conformes à celles qui sont admises par notre jurisprudence. C'est pourquoi nous croyons préférable de réserver l'étude de chacun des points tranchés ou posés par des différentes législations pour la traiter avec l'étude détaillée des points correspondants établis par les solutions du droit français.

Disons tout de suite cependant que le caractère commun des trois législations et celui par lequel elles se séparent le plus de notre droit, est la reconnaissance sous certaines conditions d'un droit réel au profit du bénéficiaire du pacte. Ce droit réel va lui permettre de se faire mettre en possession de l'objet de la promesse de vente même au préjudice d'un acquéreur

de bonne foi, titulaire d'un contrat qui, à l'égard de tout autre que du bénéficiaire de la promesse, lui conférerait un droit de propriété irréprochable.

CHAPITRE VI

FORMATION ET PREUVE DU PACTE DE PRÉFÉRENCE

Dans notre droit l'obligation n'est pas un produit spontané. Elle naît de la loi où d'un fait générateur classé par la doctrine sous les rubriques de contrat, quasi-contrat, délit, quasi-délit (1). L'on pourrait même soutenir avec vraisemblance que la loi, qui sanctionne en dehors de tout consentement des parties les actes connus sous le nom de délit et de quasi-délit, est, avec la volonté, la seule source des obligations. L'article 1101, présentant le contrat comme une convention obligatoire issue de deux volontés et assimilée dans les rapports des parties à la loi par l'article 1134, justifie la sanction légale également apportée à l'une comme à l'autre des catégories d'obligations.

La seule raison d'être du pacte de préférence est de créer un lien obligatoire entre deux personnes. La doctrine française et les textes vont donc nous conduire à rechercher, pour déterminer la valeur obligatoire de l'obligation, si celle-ci présente dans

1. Conf. Planiol, *Traité élémentaire*, II, 806 et seq. et sa critique de l'opinion traditionnelle.

son origine le concours des deux volontés traditionnelles.

Prenons un exemple concret pour suivre le développement de notre pacte : supposons qu'un propriétaire foncier veuille faire bénéficier un individu quelconque d'un droit de préférence à égalité du prix maximum offert au cas où il viendrait à vendre son immeuble. Notre propriétaire va manifester sa volonté de conférer à l'individu choisi le droit de préférence envisagé émettant ainsi une promesse.

Nous n'avons pas besoin de signaler le caractère unilatéral de la promesse envisagée qui résulte à l'évidence de la seule participation du propriétaire à la naissance de cette opération juridique.

Traditionnellement, un juriste français décidera par application de la doctrine contenue dans l'article 1101 du Code civil que l'émission de la volonté du promettant n'a pas encore eu pour effet, à ce stade de l'opération, de créer un lien obligatoire pour le stipulant et que la promesse de préférence n'a pu encore créer de lien obligatoire entre les parties ni par conséquent conférer de droits à l'une ou l'autre d'elle. Il en conclura logiquement, que la simple volonté du promettant, pourra défaire ce qui aura été fait par sa simple volonté et qu'il pourra *ad nutum* rétracter sa promesse.

Dès cet instant, nous allons trouver en jurisprudence dans des hypothèses qui se peuvent rapprocher de la nôtre, des décisions qui vont être peu en rapport avec notre théorie classique. Nous faisons

allusion à la jurisprudence bien connue qui, en matière de contrats par correspondance, décide que l'offrant doit maintenir sa pollicitation pendant un temps suffisant pour que le stipulant puisse l'accepter, et invalide en conséquence le retrait de l'offre consommé avant l'expiration de ce délai. Cette solution déjà partiellement entrevue par Pothier (1) paraît solidement établie maintenant en matière commerciale et nous ne voyons aucune bonne raison de la rejeter en droit civil dans lequel les exigences de la pratique arrivent à créer chaque jour davantage des situations analogues à celles autrefois propres aux matières commerciales.

Nous n'entrerons pas plus avant dans cette théorie admise par tous les bons auteurs (2), mais nous en tirerons simplement cette conclusion pour notre étude que dès son émission la promesse de préférence peut revêtir un certain caractère obligatoire à l'égard du promettant et par conséquent, donner lieu à des sanctions légales dans la mesure de ce lien. A ce stade la promesse de préférence nous apparaît donc comme une obligation née de la seule volonté de celui qui s'est obligé et qui contrairement à l'opinion traditionnelle va pouvoir, par application des principes reçus en matière de fraudes recevoir une sanction légale.

Continuons à examiner notre hypothèse : il viendra un moment où notre offre comme le veut la rai-

1. *Traité de la vente*, 32.

2. Baudry-Lacantinerie et Barde. *Obligations*, I, 33 et 34.

son d'être de toute offre sera acceptée. Nous rencontrerons alors le concours de deux volontés nécessaires à la formation d'un lien conventionnel. Les modes de manifestation de l'acceptation sont trop connus pour que nous insistions beaucoup sur ce point. Signalons simplement toutefois que l'acceptation doit être notifiée à l'offrant, qu'elle peut intervenir en réponse à la promesse, que celle-ci ait été ou non affectée d'un terme. On admet aussi que l'acceptation peut résulter simplement de la demande de réalisation de l'offre (1).

Disons enfin que l'acceptation faite conditionnellement nécessite l'acceptation de la condition par l'offrant pour le lier. Il n'y a dans tout cela rien de particulier à notre sujet. Quelle que soit la forme sous laquelle se sera manifestée, c'est au moment de cette manifestation que le pacte prendra naissance.

Constatons toutefois, que même acceptée, la promesse de préférence n'obligera que le seul promettant et qu'elle restera ainsi dans la catégorie des contrats unilatéraux définis par l'article 1103 du Code civil.

La promesse valide et obligatoire, il va nous rester à examiner les modes de preuve à employer pour en établir l'existence par ceux qui s'en peuvent prévaloir.

Toute partie qui invoque un pacte de préférence doit, en effet, selon les termes du droit commun en rapporter la preuve. La Cour de cassation a fait à notre matière une application de ces principes en

1. Planiol. *Traité élémentaire*, II, 977 et seq ; Colin et Capitant, II, 272.

jugeant que la demande en dommages-intérêts formée par une partie à raison de l'exécution alléguée d'une prétendue promesse de préférence est à bon droit rejetée lorsque les juges éléments de la cause opposée par les juges du fonds démontrent qu'il n'y a pas eu de convention arrêtée avec engagement promettant de vendre de préférence à telle personne déterminée dans un délai fixé (1).

Nous avons vu que la promesse de préférence constituait un acte purement unilatéral et n'engendrait d'obligation que pour le seul promettant. Par conséquent il ne sera besoin pour l'établir, ni de constater la promesse par acte authentique, ni de constater la promesse par acte sous seings privés contenant la mention du double original prévu par l'article 1325 du Code civil.

Mais l'acte devra évidemment et par application des dispositions de l'article 1341 du Code civil être rédigé par écrit lorsque la valeur de la chose promise dépassera 500 francs. Nous estimons même que, quelle que soit cette valeur, la promesse devra être prouvée par écrit si elle est faite à égalité du prix offert, l'indétermination du prix devant alors suffire pour obliger à la rédaction d'un acte écrit. Il est en effet de jurisprudence que si une partie se prévaut d'une convention indéterminée au moment où elle est née, elle doit en rapporter la preuve par écrit (Civ. c. 9 mai 1904. D. P. 1904.1.310).

1. Cass., 19 avril 1921. *Mon. jud. Midi*, 5 juin 1921.

La question se pose enfin de savoir si l'acte écrit rédigé pour servir d'instrument de preuve du pacte devra être soumis à la formalité du « *Bon pour* ». A première vue il ne le paraîtrait pas. La formalité de l'article 1326 du Code civil a été instituée pour la preuve des obligations d'argent ou évaluables en argent. Mais la jurisprudence, étendant le texte au delà des prévisions mêmes de ses auteurs, a décidé en matière d'obligations éventuellement appréciables en argent que l'impossibilité de les évaluer, au moment de la conclusion de l'acte n'était pas un obstacle à la désignation de l'engagement pris (1). Par conséquent nous estimons que la promesse de préférence, sous signatures privées et non écrites entièrement de la main du promettant, devra porter une formule d'approbation. Pour ce qui concerne les promesses à prix ferme, ce prix devra évidemment être indiqué dans la souscription du promettant. Pour ce qui est des autres promesses, nous estimons qu'une formule comme « Bon pour promesse de préférence à égalité de prix offert » ou « bon pour promesse de préférence à dire d'experts » ou toute autre formule équivalente suffirait à remplir l'obligation légale.

Nous n'insistons pas sur les promesses de préférences contenues dans des actes soumis à des règles spéciales, dans un contrat de mariage par exemple. Elles sont évidemment soumises à ces règles tout au moins si elles font partie intégrante de cet acte.

1. Cass., 16 février 1892. D. P. 92.1.248. S. 93.1.409.

CHAPITRE VII

NATURE ET VALIDITÉ DU PACTE

Il nous faut maintenant chercher la nature du pacte de préférence. Pour concrétiser le sujet de notre étude, admettons comme nous le faisons depuis le début de ce travail, que nous raisonnons dans l'hypothèse d'un pacte ayant pour objet une vente d'immeuble.

Nous sommes bien loin au moment de l'émission de la promesse par le promettant et de son acceptation par le stipulant, de réunir tous les éléments qui vont permettre à une opération simple, un acquiescement par exemple de transformer le pacte envisagé en un contrat parfait et définitif. Examinons un peu les choses de plus près et nous verrons que notre pacte, pour qu'il devienne obligatoire pour le promettant, puis ensuite pour qu'il l'oblige à transférer la propriété au stipulant, va nécessiter l'accomplissement de nombreuses opérations juridiques successives.

La promesse va, pour sa réalisation, impliquer d'abord en la personne du promettant l'intention de vendre. Opération purement psychologique et qui, par conséquent, va échapper à toute sanction juri-

dique. Pour que ces sanctions deviennent possibles, il va falloir que cette intention se manifeste par un acte d'exécution, par une mise en vente du bien envisagé, la plupart du temps par la réalisation, bientôt accomplie, d'une vente. A noter, en effet, que le pacte de préférence, doit en dernière analyse, présenter au bénéficiaire l'alternative simple de l'acceptation ou du rejet d'un projet de contrat auquel, manquera seulement, pour sa réalisation l'accord de sa volonté. Or, pour l'hypothèse d'une promesse à égalité de prix, il va falloir la conclusion entre le promettant et le tiers d'un contrat de vente complet qui portera sur un objet déterminé, le même que celui qui est l'objet de notre pacte de préférence, sur le prix de la vente et les conditions qui sont l'accessoire de ce prix. Il va falloir pour parfaire l'avant-contrat qui sera proposé au stipulant, que soit presque réalisé un autre contrat, distinct par la personne de l'acheteur, de celui qui naîtra du pacte, si, pour employer une expression à la mode, le stipulant lève l'option qu'il aura alors acquise, lorsque le projet lui sera apporté.

Il est entendu, et nous l'avons déjà dit, que le pacte de préférence est de sa nature juridique une promesse, mais nous venons de voir par un exemple pratique que cette promesse n'est pas une promesse de contrat. Il n'y a de contrat de vente possible, qu'autant nous dit l'article 1583, qu'on est convenu de la chose et du prix. Or, si la chose est convenue dans notre pacte, le prix ne l'est pas. Si même nous

sommes en présence comme il est possible, d'une promesse de vente pour un prix déterminé, par les parties ou un tiers ce qui sera possible surtout s'il s'agit d'une marchandise dont le cours est fixé par des mercuriales (1), nous serons encore infiniment plus loin d'une vente que dans l'hypothèse de la promesse de vente ordinaire qui suppose, tout au moins, la volonté de contracter de l'une des parties, volonté qui elle-même est ici défailante.

Bien plutôt nous sommes en présence d'une promesse d'un fait personnel. Dans cette opération juridique où le contrat futur est encore trop imprécis pour pouvoir être même reconnaissable en ses éléments essentiels, que reste-t-il de plus certain, si ce n'est la volonté de contracter avec une telle personne, dans des circonstances déterminées ? C'est là, croyons-nous, le véritable caractère du pacte. Promesse, c'est entendu, mais promesse de contracter c'est-à-dire de passer un contrat futur mais non encore précisé en ses éléments, bien plutôt que promesse de contrat. Nous verrons plus loin les fruits que l'on peut tirer de cette conception du pacte de préférence lorsque nous rechercherons les sanctions légales apportées à sa contravention et son application à d'autres matières que la vente.

1. Voir un exemple de promesse de préférence moyennant un prix fixé d'avance. Cass., 12 novembre 1928. D. H. 1928. 576. L'arrêt en question la qualifie de promesse de vente sous condition. Plus justement la note non signée au pied de l'arrêt publié par la *Gazette des Tribunaux* (n° du 28 février 1929 qualifie l'acte de promesse de préférence).

Cette promesse, d'une nature spéciale est tout à fait originale dans notre système juridique, nous a amené à écrire à plusieurs reprises l'expression d'avant-contrat. La promesse va-t-elle constituer un avant-contrat ?

Reprenons la définition de l'avant-contrat telle qu'elle est donnée par M. Demogue en son *Traité des obligations* (1). « Pour qu'il y ait avant-contrat, écrit « il, il faut que l'entente déjà soit précise : il ne suffit « pas qu'une chose ait été promise. Il y a avant-acte « quand les éléments, déjà réunis d'un acte juridi- « que, se sont déjà moulés dans un moule juridique « admis, un contrat (promesse de vente), un testa- « ment, un arrêté ministériel (cahier des charges « générales)... Pour qu'il y ait avant-contrat, inu- « tile d'insister sur ce point que l'entente doit déjà « être précise. Il ne suffit pas qu'une chose ait été « promise, le prix doit avoir été fixé. Il ne suffit pas « de la promesse vague d'assurer une personne, il « faut encore déterminer à quelles conditions on « l'assurera. »

Adaptons cette définition et ses nécessités à notre exemple de tout à l'heure. Nous avons peut-être, conditionnellement, la promesse d'une vente, il nous manque l'élément prix qui vient justement de nous être indiqué comme condition de l'avant-contrat. Nous sommes donc obligés de conclure que le pacte de préférence n'est pas un avant-contrat. Il est une

1: *Traité des obligations*, IV, 467.

forme juridique primitive que la survenance, postérieure, à sa naissance d'éléments à la fois intentionnels et conventionnels va pouvoir transformer en avant-contrat de vente.

M. Leduc dans sa thèse sur les avant-contrats a eu cette idée lorsqu'il a dit (1) que la promesse affectée à l'origine de deux conditions potestatives devenait un avant-contrat ordinaire par l'arrivée la première de ces conditions.

Dans quelle catégorie juridique allons-nous donc faire rentrer notre promesse si nous n'en pouvons faire un avant-contrat ? Avant acte elle l'est certainement, puisque son but est d'amener les parties à contracter, et d'apporter une base à leur convention qui ne laisseront à leur volonté que le choix entre une acceptation et une répudiation. Nous n'en pourrions faire autre chose qu'une avant-promesse. La promesse est évidemment un moule juridique, toute obligation étant susceptible avant sa réalisation de passer par le stade de la promesse ; nous n'en voulons pour exemple que la promesse de vente, la promesse de bail, la promesse de dot, toutes bien connues, et la promesse elle-même, indépendamment de toute idée contractuelle en son objet possède une vie juridique propre qui permet les obligations du genre des promesses d'égalité.

C'est ici que nous heurtons à la plus grave difficulté doctrinale et légale que dans son existence pratique

1. *Des avant-contrats*, thèse, p. 34.

ait rencontré le pacte de préférence. Nous voulons parler de celle tirée de la nullité qu'édicte l'article 1174 du Code civil.

Cette question de l'article 1174 et de son application possible au pacte de préférence, est celle qui a été à l'origine des hésitations sur sa validité. « Au « premier abord, dit M. Leduc dans sa thèse sur les « avant-contrats (1), il semble que le pacte de préférence soit vicié par une double condition potestative, ni l'acheteur ni le vendeur n'ont contracté « d'obligation ferme. » Double condition potestative, nous ne le croyons pas. La seule obligation repose sur la tête du promettant qui s'est engagé conditionnellement à vendre, et elle apparaît à son égard comme potestative. Mais le stipulant ne s'est engagé à rien. On ne peut donc en sa personne relever une nullité au sens de l'article 1174 puisque ce texte ne vise que « l'obligation qui a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui l'oblige ».

Reprenons les termes de la promesse : « Si je vends, je vous vendrai de préférence à tout autre si vous m'offrez un prix égal. » Le seul engagement obligatoire est contenu dans la proposition « je vendrai de préférence », c'est le contrat qui est affecté de la condition « si je vends ».

Toutefois, la question de la validité de l'obligation du promettant, affectée telle qu'elle est de cette unique condition potestative, reste entière et nous nous

1. *Op. cit.*, *ibid.*

trouvons dans la nécessité de rechercher si cette obligation tombe sous le coup de la sanction de l'article 1174.

On a proposé, pour apprécier le caractère de la condition en la matière, de se placer au moment où, la condition étant réalisée, la promesse est appelée à produire effet. « C'est seulement, dit le même auteur, quand le vendeur aura conclu à un prix donné avec le tiers acheteur, que, sa décision étant irrévocable, nulle condition potestative de sa part n'affectant plus l'avant-contrat, celui ci produira des effets actuels. » Raisonner ainsi nous paraît esquiver la difficulté en oubliant qu'entre le moment où le pacte est formé et celui où il est appelé à donner naissance au contrat envisagé, ce contrat n'en reste pas moins affecté de la même condition, et il nous faut établir la nature de cette condition qui ne peut changer selon qu'elle est considérée à un moment ou à un autre de son existence.

L'étude de la condition prohibée par l'article 1174 ne rentre pas dans le cadre de notre monographie. Il y a longtemps que la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour décider en substance, selon la leçon de Baudry-Lacantinerie (1), que la prohibition de la condition « si je veux », ne peut être étendue qu'à ces conditions dont l'accomplissement « est si facile qu'on peut considérer comme dépendant exclusivement de la volonté du prétendu

1. Baudry-Lacantinerie et Barde, *Obligations*, II, 721 et seq.

« débiteur, par exemple à la condition si je lève le « bras ». Depuis longtemps on ne discute plus sur le caractère licite de la condition « si je contracte » qui est celle dont est affecté notre pacte.

Contracter, c'est en effet réunir deux volontés sur le même objet, et deux volontés qui auront à la naissance du contrat une part égale et nécessaire. Peut-on dire par conséquent, qu'est purement potestative de la part de celui qui s'oblige, la condition si je contracte, puisque ce contrat qui est la condition même de l'obligation, ne pourra jamais dépendre de la seule volonté de l'obligé, mais devra réunir la volonté conforme d'un tiers. On peut, dit M. Demogue, dans un article à la *Revue trimestrielle*, « passer un contrat « sous une condition qui paraisse purement potestative, sous la condition, si je veux, cela se voit « tous les jours et rien n'est plus licite . »

Le texte même de l'article 1174 impose cette solution. Il n'a jamais visé à interdire un contrat conditionnel, mais bien une obligation, c'est-à-dire un engagement isolé, qui, s'il est fait sous condition potestative de celui qui s'oblige, est évidemment sans valeur puisque la volonté de l'obligé pourra empêcher l'obligation de naître, tandis que le contrat, même sous condition potestative de la part de l'un des contractants aura toujours pour naître besoin de réunir sur le même objet la volonté conforme de son co-contractant.

La conclusion du contrat qu'aura à passer le promettant pour que notre promesse devienne obliga-

toire pour lui, ne dépendra d'ailleurs pas toujours des seules volontés de son acheteur et de lui-même. On ne vend pas son plaisir, mais parce que votre intérêt vous le conseille, ou parce que les circonstances, les nécessités dans lesquelles on se trouve de faire de l'argent ou de se débarrasser d'un bien inutile, vous y contraignent. On peut être amené à vendre également parce que la loi vous y oblige, qu'il s'agisse d'un bien dans l'indivision (art. 815), ou que vous soyez obligés de vous joindre à une procédure de saisie dirigée contre vous. Dans ces conditions l'obligation affectée de la condition « si je contracte » nous paraît comme ne pouvant jamais être rangée au nombre des conditions purement potestatives. Notre pacte de préférence échappe donc à la nullité de l'article 1174.

C'est l'opinion de M. Demogue qui écrit (1) : « Il est incontesté aujourd'hui que la promesse unilatérale d'un contrat est valable. On ne peut dire que c'est une promesse nulle comme faite sous condition potestative... L'article 1174 vise une obligation sous condition potestative. Il ne vise pas un contrat tout entier fait sous condition potestative, car alors le contrat n'a pas le caractère dérisoire de la promesse isolée sous la condition « si je veux ».

C'est ce que, dès 1829, décidait la Cour de cassation, d'ailleurs avec des motifs un peu contradictoires

1: *Traité des obligations*, II, 467.

que censurait Troplong (1)..Mais, le rapport, solidement étayé en droit, avait exposé à la Cour, les arguments mêmes, que nous venons de présenter à une époque, où celle-ci était loin de les avoir sanctionnés de son autorité, et où elle hésitait encore à le faire, ainsi que le démontre l'arrêt même que nous citons. La Cour d'ailleurs, dès cet instant, sanctionnait l'inobservation du pacte de préférence (2) ; quels que soient les motifs dont elle appuyait sa décision, plus faiblement motivée que le remarquable rapport qu'elle avait entendu, elle reconnaissait par là, la validité du pacte de préférence et, à notre connaissance, aucun arrêt depuis lors, ne l'a mise en doute.

Tout récemment encore la Cour de cassation a rencontré dans une hypothèse de promesse de vente la même condition : « Si je vends », affectant la promesse. Elle était dans cette espèce formulée « si je viens à me défaire de l'immeuble ». La validité de cette clause n'a pas été contestée (3).

* * *

Une dernière question reste à examiner, celle du caractère gratuit ou onéreux de la promesse de préférence.

1. Troplong, *Vente*, I, 132.

2. Cass., 23 mai 1929. S. 1829.1.177. Commandeur contre Plisson.

3. Cass., 12 nov. 1928 précité.

Il semblerait à lire rapidement le paragraphe que MM. Colin et Capitant (1) consacrent au pacte de préférence dans leur *Traité de droit civil* qu'ils rangent cet acte au nombre des actes à titre onéreux. « La réalisation de la condition ne dépend pas seulement de la volonté de l'auteur de la promesse mais pour la plus grande partie des circonstances qui pourraient le contraindre à vendre son immeuble. Il y a donc condition potestative et une telle condition est admissible dans les contrats à titre onéreux. » Pourtant si l'on se réfère à la notion traditionnelle de l'acte à titre onéreux et de l'acte à titre gratuit telle que la dégagait des arrêts sur la matière M. Planiol (2), l'acte à titre gratuit est celui qui une fois réalisé procure à l'une des parties un enrichissement sans la contre-partie d'un patrimoine de l'autre. « Vérifiez la valeur du patrimoine des deux parties avant et après l'opération ; dans les conditions normales vous devez trouver le même chiffre, ou du moins les variations qui peuvent être constatées ne doivent pas dépasser les limites d'incertitude que comporte toujours une estimation de ce genre. Si cette réciprocité fait défaut, c'est-à-dire si l'une des parties donne ou fait quelque chose sans rien recevoir en retour, l'acte est à titre gratuit. » Cette définition se rencontre parfaitement avec le texte de l'article 1106 :

1. *Traité de droit civil*, II, 97.

2. Voir la note de M. Planiol sous Nîmes, 22 janv. 1890. D. P. 91.2.115.

« le contrat à titre onéreux est celui qui assujettit chacune des parties à donner ou à faire quelque chose ».

Or dans notre hypothèse, si nous prenons une promesse de préférence simple, isolée de toute autres conventions qui la peuvent entourer, nous voyons que le stipulant se trouve gratifié du bénéfice de la promesse, sans rien avoir fourni en échange et sans que le promettant ait quelque chose de nouveau dans son patrimoine. Nous nous trouvons donc en présence d'un acte unilatéral à titre gratuit.

Mais la promesse, si elle procure un avantage au bénéficiaire se traduit-elle par un appauvrissement du promettant ? Nous ne le pensons pas. Le promettant n'a pas en effet par cette promesse fait remise d'une part de son patrimoine à un tiers, il n'a même pas aliéné un droit quelconque ni ne s'est engagé à l'aliéner, réservant au contraire à tous ces points de vue son entière liberté d'action. Dans ces conditions nous ne pensons pas que le promettant ait, en stipulant le pacte, diminué la valeur de son patrimoine. Il ne s'est engagé que dans la mesure de la nécessité d'une spéculation éventuelle et librement consentie de sa part.

MM. Colin et Capitant auraient-ils donc commis une erreur. Nous ne le pensons pas. Il faut considérer que le texte cité est extrait d'un passage où les auteurs ont eu en vue, non le pacte lui-même, mais le contrat qu'il prépare et la condition à laquelle est subordonnée ce contrat. Ils ont simplement écrit, sous

cette forme, cette idée que le pacte n'atteignait d'aucune condition potestative prohibée la vente en question, condition potestative prévue par l'article 1174 annulant non un contrat mais une obligation isolée.

Dans ces conditions cet acte gratuit ne pouvant en rien léser les intérêts des successibles, même s'il est fait au profit de l'un d'eux ne pourra donner lieu à rapport. D'autre part il n'entrera pas en ligne pour le calcul de la quotité disponible.

CHAPITRE VIII

EFFETS DU PACTE DE PRÉFÉRENCE OBLIGATIONS DU PROMETTANT

Le pacte de préférence avons-nous dit plus haut est constitutif d'une obligation pesant sur le promettant, il nous reste à déterminer la limite de l'obligation ainsi assumée par lui et les conséquences de la restriction conventionnelle apportée à son droit d'aliéner.

S'agissant d'une obligation qui ne peut naître que contractuellement, c'est à la lumière du principe général posé par l'article 1134 du Code civil que nous devons rechercher la valeur de la promesse et l'étendue de son champ d'application. Il va en résulter que ces solutions ne pourront être qu'objectives et que chaque pacte de préférence devra être envisagé en lui même, pour que, par interprétation de ses termes et de la volonté des parties, on puisse dégager en présence de chaque cas d'espèce la mesure de l'engagement pris.

Nous ne pourrons donc dans ce chapitre que donner des indications générales sur la valeur et la portée du pacte de préférence et notre raisonnement ne sortira pas sauf indication contraire de la simple

promesse de vente d'immeuble à égalité de prix que nous avons jusqu'ici étudiée particulièrement.

La première question qui se pose est celle de savoir si la promesse envisagée s'étendra à toutes les aliénations que le promettant peut être amené à faire de son immeuble. Certainement non. Il ne pourra être tenu à respecter sa promesse restrictive de son droit de propriété que dans le cas où il aura formellement consacré par elle le droit du stipulant, c'est-à-dire, dans le cas de notre exemple, au seul cas où il aliénera au moyen d'une vente.

Baudry-Lacantinerie, trouve la principale justification de cette solution, qu'il fait sienne (1), dans la stipulation d'une égalité de prix. « Par conséquent, « où il n'y a pas de prix, il ne saurait, dit-il, naître « un droit de préférence au profit du stipulant ». En effet au cas de donation, le stipulant ne peut prétendre à être gratifié de la libéralité, et au cas d'échange, il ne pourrait puisqu'il n'en est pas propriétaire, donner la chose contre laquelle l'échange est convenu. Cette raison ne nous paraît pas suffisante. Disons tout de suite que lorsque l'échange a lieu contre une chose de genre ou contre une denrée cotée par les mercuriales, rien ne nous paraît s'opposer à la possibilité d'un échange. D'autre part, l'article 507 (2) du Code civil allemand, sur lequel nous

1. Baudry-Lacantinerie et Saignat, *De la vente*, n° 72.

2. Art. 507 C. civ. allemand : lorsque le tiers s'est, dans le contrat, obligé à une prestation accessoire que celui qui a le droit de préemption n'est pas en état d'accomplir, ce dernier doit, au lieu d'effectuer la prestation accessoire en payer la

aurons à nous étendre plus longuement, montre que même en dehors d'un prix en argent, il est parfaitement possible d'évaluer une prestation pour permettre la réalisation d'un pacte de préférence. Les conventions devant s'exécuter de bonne foi, il ne saurait être admissible qu'un promettant puisse par un échange fructueux faire fraude aux droits du stipulant.

Il faut considérer selon nous que la promesse envisage comme condition principale de la réalisation du contrat, bien plutôt que l'égalité de prix, qui n'est pas de l'essence du pacte de préférence, le désir de contracter du stipulant qui viendra à se rencontrer avec la volonté conforme du promettant. Hors la réalisation d'une vente ou de la volonté manifestée de vendre du promettant le stipulant n'a pas de droits. Dès qu'il y a vente, il a droit à une réalisation à son profit en payant le prix convenu. Nous pencherions même au cas où le prix serait assorti d'une prestation accessoire à admettre comme l'article 507 précité du Code civil allemand, que le stipulant sera en droit, s'il ne peut fournir la prestation en nature, d'en payer la valeur. Il y a là une solution d'équité que la nature de la convention commande et qui démontre que l'égalité de prix

valeur. Si l'estimation de la prestation accessoire en argent n'est pas possible, le droit de préemption est exclu. Cependant on ne tient pas compte de la prestation accessoire convenue quand le contrat aurait été conclu aussi bien sans elle qu'avec elle.

absolue, mathématique de prix n'est pas de l'essence du contrat.

Une clause du genre de celle de l'arrêt de la Chambre des requêtes du 12 novembre 1928 que nous avons déjà cité (« je vendrai si je manifeste l'intention de « me défaire »), me paraît beaucoup plus extensive, et il ne faudrait pas hésiter selon nous à reconnaître un droit de préemption au bénéficiaire si le promettant venait par exemple à faire une donation onéreuse de son bien, exclusive de toute idée de gratuité même partielle. Si la charge est de nature dans ce cas à être assumée par le bénéficiaire, s'il s'agit par exemple d'une rente viagère à assurer, la charge lui en incombera autrement il y aura lieu à fixation du prix par experts. Il est bon de remarquer dans cette espèce que la préférence était accordée pour un prix déterminé (1).

Le stipulant sera-t-il d'autre part tenu d'exiger le respect de ses droits dans toutes les hypothèses où le promettant sera amené à vendre. S'il est certain que son droit est absolu, chaque fois qu'il s'agit d'une vente volontaire, même par adjudication (Hasselt, 7 avril 1900. *Pas. belges*, 1901-1910 V^o Vente), il paraît difficile de lui reconnaître le droit d'exiger la vente à son profit ou des dommages-intérêts compensatoires chaque fois que la vente sera forcée.

En premier lieu au cas de vente sur saisie, le sti-

1. D. H. 1928, S. 567, et la note sous l'arrêt. *Gazette des Tribunaux*, 28 février 1929.

pulant ne pourra exiger l'adjudication à son profit ou l'insertion au cahier des charges d'une clause imposant à l'adjudicataire de se défaire à son profit de la propriété s'il venait à se prévaloir du pacte (1) En effet au regard de l'adjudicataire, la promesse est en principe sans effet. Elle l'est de même au regard du poursuivant. Celui-ci tient de la loi seule le droit de faire procéder à la vente, et par conséquent le stipulant ne saurait lui imposer le respect d'une convention qu'il n'a pas à connaître de nature à paralyser les enchères. D'autre part les articles 705, 706 et 707 du Code de procédure civile qui règlent les enchères en cas de vente sur saisie participent du caractère d'ordre public des dispositions de procédures et particulièrement de celles relatives aux exécutions. Or elles visent indiscutablement à consacrer la propriété définitive *erga omnes* de l'adjudicataire. Cette solution est en harmonie avec l'arrêt de la Cour de Nancy du 2 mars 1889 cité plus haut, qui, se fondant exclusivement sur le caractère personnel de la promesse de préférence donne une solution tout à fait analogue.

Au cas où l'immeuble se trouve dans l'indivision, l'article 815 peut par combinaison avec l'article 827 obliger certains propriétaires à subir une vente dans la forme de la vente judiciaire. Le stipulant pourra-t-il là encore demander que le cahier des charges

1. Sur le droit du bénéficiaire d'une promesse, de préférence, voir Nancy, 2 mars 1890. S. 1890.2.127 et Demogue, *Obligations*, II, 522.

porte mention de son droit et obliger le tiers adjudicataire à s'y conformer. La Cour de Lyon devant laquelle avait été portée une espèce présentant une indivision successorale composée de majeurs et de mineurs, a jugé que les héritiers ne sauraient être tenus à faire figurer au cahier des charges une semblable mention et par conséquent que le stipulant ne pouvait exiger dans cette hypothèse le respect de son droit (1).

Cette solution nous paraît exacte. Nous ne pouvons cependant souscrire aux motifs dont la Cour a cru devoir l'étayer. Elle déclare en effet que forcés de vendre pour liquider leur indivision, les héritiers se trouvent « en face d'un obstacle juridique et légal », rendant impossible l'exécution de l'obligation contractée par leur auteur.

Il est vrai que la combinaison des articles 815 et 827 ne permettait pas aux parties de se dispenser de procéder à la vente. Nous ne voyons là aucun obstacle à la réalisation de la promesse, mais bien plutôt la survenance d'un événement qui va réaliser la condition dont est assortie la convention. Nous avons exposé plus haut que l'un des principaux arguments relevés en faveur de la validité du pacte s'appuyait sur cette constatation d'expérience que la vente souvent ne dépendait pas du bon vouloir du vendeur, mais que celui-ci pouvait y être contraint

1. Lyon, 22 nov. 1927. S. 1928.2.76. D. 1928.1.151 et la note de M. Lalou, *Répertoire général du Notariat*, 21.914, 21.919 (1929) ; Demogue, *Rev. trim.*, 1928, 675.

par les circonstances. Ce n'est pas parce que la loi elle-même oblige le propriétaire à vendre que notre raisonnement va tout à coup se trouver inapplicable. D'autre part, comme le fait justement remarquer M. Lalou sous l'arrêt précité, cette solution revient à proclamer indirectement que les héritiers ne sont pas tenus de respecter les engagements de leurs auteurs. Le caractère obligatoire de la vente sur licitation ne peut empêcher la réalisation d'une obligation conditionnelle, et admettre le contraire en se basant sur ce seul caractère nous semble violer les règles de l'article 1134 du code civil.

Ce sont ces raisons qui, dès 1926, avant même que la question eut été posée en pratique décidaient le rédacteur anonyme du recueil Defrénois (1) à admettre la possibilité de porter au cahier de charges d'une vente de biens de mineurs le pacte de préférence dont l'auteur de ces mineurs avait grevé la propriété. Il donnait même à cet égard une formule intéressante.

S'il est exact comme le dit en sa thèse M. Crochet (2) que le cahier des charges est l'œuvre du vendeur et que celui-ci peut y insérer telle stipulation qu'il lui plaît, il pourrait, même dans une vente volontaire, y insérer, comme le propose le rédacteur anonyme de la formule y faire figurer une clause rendant l'adjudication conditionnelle au non-exercice du droit de préemption. Mais ce que ne peut faire

1. *Répertoire général du Notariat*, 21.180, 21.332 (1926).

2. Crochet, *Des contrats aux enchères*, thèse, p. 53.

le cahier des charges, c'est modifier les conséquences d'ordre public d'une adjudication judiciaire, et dès que la vente est faite par autorité de justice, nous pensons que l'acquéreur ne peut être tenu à respecter un pacte de préférence.

C'est pour d'autres raisons, en effet, que celles retenues que dans notre espèce qu'il nous semble que la prétention du bénéficiaire ne pouvait être admise par la Cour, et les raisons de son refus de souscrire à ses prétentions, il nous semble qu'elle eut dû les tirer bien plutôt du caractère, non de la vente, mais de l'adjudication qui la réaliserait. Nous avons en effet établi tout à l'heure que le caractère de l'adjudication sur saisie mettait obstacle à ce que l'adjudicataire se voit menacé d'éviction par le bénéficiaire du pacte de préférence. Or l'article 963 et l'article 972 du Code de procédure civile renvoient pour les formalités de l'adjudication aux textes qui régissent la vente sur saisie, et par conséquent confèrent à l'adjudicataire les mêmes privilèges que l'adjudication sur saisie. Reconnaître au bénéficiaire du pacte de préférence le droit de faire inscrire son droit au cahier des charges dans le but de contraindre l'adjudicataire à le respecter eut donc été faire produire effet à une convention à l'égard d'un tiers. C'eut été aussi reconnaître un droit réel en une promesse de préférence. Cette impossibilité ne nous paraît nullement en contradiction avec les leçons des arrêts de cassation des 15 avril 1902 et 12 janvier 1926 que M. Lallou invoque à l'appui de son opinion, car dans leur

hypothèse, c'est du propriétaire que l'acheteur tenait ses droits et il n'en pouvait avoir plus que son vendeur, tandis que dans l'hypothèse d'une adjudication forcée, nous pensons qu'il les tient non seulement des parties mais encore de la loi et du tribunal qui a prononcé l'adjudication. Il doit donc se trouver à l'abri d'une éviction.

La Cour de Lyon n'a d'ailleurs pas hésité à obliger l'héritier adjudicataire à respecter le pacte de préférence. « En effet, dit M. Demogue à propos de cet arrêt, il en est différemment lorsque l'un des cohéritiers étant adjudicataire, l'acte a le caractère et les effets d'un partage et qu'il n'y aura plus impossibilité d'exécution. » L'héritier en effet ne peut songer à se prévaloir d'une disposition protectrice de la loi qui ne saurait, en sa personne prévaloir sur l'obligation, aucune transmission ne s'étant opérée par suite de la fiction de l'article 883 la règle d'ordre publique relative à la transmission de la propriété immobilière ci-dessus définie ne saurait s'appliquer. « Or, ajoute M. Demogue, le pacte de préférence signifie : si je veux vendre, je vous vendrai au prix fixé par l'offre la plus avantageuse que je recevrai. En licitant les héritiers manifestent l'intention de vendre. Ils doivent donc vendre au bénéficiaire au prix auquel le bien est licité et le bien étant aux mains d'un seul, seul ayant cause du promettant pour le bien promis, celui-ci est tenu à en faire délivrance.

Le caractère exceptionnellement dangereux pour

le bénéficiaire de la promesse de préférence de ces solutions doit conduire à juger celui recevable à s'opposer à la licitation chaque fois qu'elle n'est pas obligatoire au sens de l'article 827. Toutefois il ne nous semble pas comme à M. Demogue (1) que l'on puisse reconnaître au bénéficiaire le droit d'imposer aux héritiers une convention d'indivision de cinq ans permettant d'atteindre la majorité des mineurs. On ne discute plus en effet le caractère d'ordre public de l'article 815, qui est relatif au régime de la propriété, et le bénéficiaire du pacte de préférence ne saurait contraindre un indivisaire qui tient de la loi seule le droit de demander le partage, à y renoncer.

Le seul recours du bénéficiaire sera, si ce refus est injustifié par des considérations tirées de l'intérêt de l'héritier récalcitrant, de demander aux tribunaux de sanctionner cet acte qui peut sous certaines conditions constituer un abus de droit le mettant dans l'impossibilité de réaliser la vente qui lui était promise. Hâtons-nous d'ajouter que la difficulté de la preuve qu'aura à faire le titulaire du droit de préférence sera telle que bien rarement une action de ce genre pourra réussir.

Les explications ci-dessus font, croyons-nous, nécessairement admettre qu'au cas où l'adjudication est poursuivie volontairement, le bénéficiaire est en droit d'exiger le respect de son droit. C'est là une solution analogue pour des raisons distinctes

1. Demogue, *Effets du pacte de préférence en cas de décès du promettant* (Rev. trim., 1928, 675).

à celle admise à la Cour de Lyon au profit du colicitant adjudicataire. Ce dernier était tenu d'exécuter la promesse comme représentant de son auteur. Notre adjudicataire ne jouira dans notre cas d'aucune qualité légale lui donnant un droit irrémédiable à leur propriété de la chose vendue, mais son droit sera limité par le cahier de charges dont la libre rédaction ainsi que nous l'avons dit appartient aux vendeurs.

Si donc ceux-ci ne l'ont pas fait, le bénéficiaire pourra au moyen d'un dire contraindre les héritiers à faire insérer dans le cahier des charges une mention analogue à celle indiquée par le rédacteur de Défrénois (1) cité plus haut affectant l'adjudication d'une condition suspensive jusqu'à l'expiration du délai d'exercice de la préemption. En tous les cas l'existence du dire en avertissant les acquéreurs du droit bénéficiaire, suffisent à les constituer de mauvaise foi à son égard comme nous le verrons plus loin.

En matière d'adjudication forcée, le Code civil autrichien dans son article 1076 donne une solution intéressante. Il n'accorde d'autre droit au bénéficiaire du pacte que d'être appelé à la vente. Il y a là une restriction à l'effet de la promesse qui est particulièrement remarquable et qui ne pouvait résulter que de la loi. Encore ce droit ne peut être revendiqué par le bénéficiaire que s'il a conservé son privilège par la transcription. L'article 512 du Code allemand refuse tout effet au pacte de préférence en cas de vente sur saisie ou sur faillite. C'est

selon nous reconnaître la possibilité de faire valoir le droit de préemption dans tout autre cas.

* * *

La nature même du pacte de préférence va certainement obliger le promettant à ne rien faire qui puisse nuire aux droits du promettant. Sous réserve de ce qui a été dit plus haut de sa faculté d'aliéner par d'autres modes d'aliénation que la vente, pourrait-il être tenu à conserver la chose ?

Remarquons tout d'abord que la promesse conditionnelle qu'il a faite ne restreint en rien ses droits de propriétaire. Toutefois, la convention devant être exécutée de bonne foi il nous paraît équitable de décider qu'il ne saurait être admis sous peine de dommages-intérêts à faire de la chose un usage qui rendrait inutile le droit du bénéficiaire, où qu'il se livre à une destruction de la chose ou à des transformations en modifiant profondément le caractère et l'utilité qu'en peut espérer retirer le stipulant. Le droit de celui-ci doit en effet être protégé bien qu'éventuel, chaque fois que par sa faute il diminue les avantages que le stipulant peut légitimement espérer tirer de la promesse (1).

Hâtons-nous de dire que cette sanction sera le plus souvent très difficile à déterminer. A quel chiffre en effet liquider les dommages-intérêts dus à une per-

1. Demogue, *Nature et effets des droits éventuels* (Rev. trim., 1906, 254).

sonne pour la protection d'un droit éventuel lorsque la condition qui doit donner ouverture à son droit effectif n'est pas encore survenue ? La nature du pacte rend d'autre part particulièrement difficile le calcul puisque dans bien des cas, notamment lorsque le fait dommageable aura contribué à la destruction partielle de la chose (la destruction de bâtiments élevés sur un immeuble promis, par exemple), le prix qu'aura à payer en fin de compte se trouvera par suite des effets de la libre concurrence sensiblement diminué, en théorie même diminué de la valeur de la partie détruite). A moins d'admettre que le préjudice subi ait été augmenté en raison de l'avantage particulier qu'aurait retiré le bénéficiaire de la promesse du bien qui en est l'objet, le préjudice n'apparaîtra la plupart du temps que comme simplement théorique ou moral. Il n'en a pas moins droit à protection, bien que le montant de la réparation pécuniaire soit difficile à évaluer (1).

Nous pensons d'ailleurs que le juge ayant toute liberté d'appréciation pour choisir la réparation la plus adéquate au préjudice causé pourra sans difficultés, soit accorder des dommages-intérêts à fixer par état, système contestable, soit plutôt contraindre sous la menace d'une astreinte le propriétaire à remettre la chose en état s'il est encore possible de le faire (2).

1. Conf. Demogue, *loc. cit.*

2. Sur l'astreinte, sanction de l'obligation de faire. Conf. Planiol et Ripert, II, 207 et seq.

Somme toute la protection du bénéficiaire dans des hypothèses de fait analogues à celles que nous envisageons apparaît comme particulièrement faible. Il ne peut en être autrement en face d'un avant-acte dont la transformation en un contrat définitif est soumise à tant d'aléas. Cependant le respect de la notion de fraude et du droit à réparation qu'elle ouvre ne permet pas de laisser le champ libre au promettant pour lui permettre de ruiner au gré de sa fantaisie. les intérêts de celui qu'il a investi d'un droit de préférence (1).

* * *

On peut envisager également le concours de plusieurs pactes de préférence stipulés au profit de personnes distinctes et portant sur le même bien. Aucune disposition législative ne viendra attribuer à l'un d'eux un droit d'une qualité telle qu'il pourra primer celui de tous les autres, et aucune publicité ne vient permettre à celui qui est titulaire de la promesse de porter son droit à la connaissance des tiers dans un but de protection.

Il y a là une lacune extrêmement grave de notre système constitué en dehors de toute intervention législative. Les droits germaniques (2) qui ont envisagé dans le corps de leur législation des contrats analogues, ont tous admis expressément ou impli-

1. Conf. *Rép. prat. Dal.*, n° 168.

2. Code civil suisse, art. 953. Code civil du canton de Zurich, art. 449. Code civil autrichien, art. 1070. Code civil allemand, art. 873 et 883.

citement la possibilité d'une mention au livre foncier lorsque tout au moins la promesse portait sur un immeuble. C'est la reconnaître et consacrer l'antériorité du droit du premier inscrit. Notre droit ne permet pas une semblable solution, et en matière immobilière par exemple, sera propriétaire à l'égard de tous les autres titulaires de promesses, celui d'entre eux qui aura le premier présenté son acte à transcription, tandis qu'en matière mobilière la présomption de l'article 2279 du Code civil, couvrira la propriété du premier détenteur, à quelque époque que remonte la promesse qui les aura l'un ou l'autre mis à même de devenir propriétaire. La seule ressource qui sera offerte aux autres bénéficiaires sera celle de solliciter des tribunaux des dommages-intérêts qui ne compenseront souvent que partiellement le préjudice causé.

* * *

Le pacte de préférence peut nous l'avons vu créer des obligations assez nombreuses au promettant et il est naturel d'envisager à quel moment et par quel moyen il se trouvera libéré, en d'autres termes comment peut prendre fin la promesse.

Dans la pratique le pacte de préférence aura dans son acte constitutif reçu une limitation dans le temps. Par exemple le pacte de préférence au profit du locataire contenu dans un bail, ne permettra à celui-ci de s'en prévaloir que pendant la durée du bail. Cette

solution ne souffre pas de difficulté, sauf peut être celles que la guerre a fait naître par l'institution de diverses prorogations. Nous ne pourrions étudier cette question en détail. Indiquons seulement par analogie avec ce qui a été décidé pour la la promesse de vente que la jurisprudence de la Cour de cassation indique que la promesse de préférence ne doit pas être considérée comme prorogée avec le bail auquel elle est adjointe (1).

Si la promesse a été faite sans délai, il nous paraît que l'article 2257 empêche le droit de s'éteindre par prescription. En effet une créance soumise à une condition suspensive ne se prescrit que du jour d'arrivée de la condition. La prescription de l'action du bénéficiaire ne courra donc que du jour où le promettant aura manifesté sa volonté de vendre. Elle sera alors soumise à la règle trentenaire de l'article 2262. Cette solution résulte implicitement de l'arrêt du 12 novembre 1928. D. H. 1928.576, rendu par la Chambre des requêtes qui admet que le délai de deux ans pendant lequel peut être exercée l'action en rescision pour lésion de l'article 1674 ne court que du jour où la condition qui suspend l'obligation est survenue, du jour par conséquent où le promettant manifeste l'intention de vendre. C'est expressément déclarer que la condition non arrivée suspend la prescription.

La question la plus intéressante sur l'extinction du

1. Cass., 5 avril 1924. *G. P.* 1924.1.700.

droit du stipulant est celle la plus relative à la situation du titulaire du droit de préférence qui sans protestations effectives laisse le propriétaire vendre à un tiers.

Il peut résulter de cette solution que le promettant restera exposé après de longues années aux réclamations d'un bénéficiaire de pacte de préférence depuis longtemps oublié. En matière de promesse de vente des arrêts ont décidé (les voir cités au Répertoire pratique Dalloz, V^o Vente, n^o 261) que le long temps écoulé faisait présumer qu'il avaient renoncé à leurs droits.

Cette solution ne saurait être admise en matière de pacte de préférence. Dans notre hypothèse en effet le droit du bénéficiaire est subordonné à la volonté du promettant de vendre. Le fait par le promettant de rester un certain temps sans réaliser cette condition qui dépend de lui ne saurait le décharger de ses obligations. C'est cette conséquence qu'a justement voulu éviter l'article 2257 du Code civil.

Il a été jugé également (Trib. civ. de Bourg, 19 juin 1928 ; *La Loi*, 28 février 1929) qu'au cas où le droit de préférence est subordonné à plusieurs conditions successives, par exemple au cas où le droit de préférence sera concédé en matière de bail à chaque location nouvelle, que le fait d'avoir à plusieurs reprises successives négligé d'exercer le droit ne saurait faire perdre au bénéficiaire la faculté de demander lors de l'avènement d'une condition la préférence qui lui était promise.

La Cour de Toulouse (1) a eu à statuer sur la question dans des circonstances un peu particulières. Il s'agissait de deux vendeurs qui avaient stipulé à leur profit un pacte de préférence pour des biens qu'ils vendaient. Plus de vingt ans s'étaient écoulés depuis cette vente et pendant ce laps de temps l'immeuble aliéné avait fait l'objet de plusieurs mutations. Voisins immédiats, les bénéficiaires du pacte n'avaient pu ignorer ces reventes. L'un d'eux avait même été appelé à signer l'acte d'acquisition d'une parcelle achetée par la commune en sa qualité de conseiller municipal, et avait cédé, concurremment avec un des sous-acquéreurs une portion de la propriété qui lui était restée pour l'établissement d'un chemin. Enfin il avait contre ce même sous-acquéreur dirigé une instance relative à sa jouissance de la pièce objet du pacte de préférence primitif.

La Cour de Toulouse après le tribunal d'Albi, a jugé, très équitablement selon nous, qu'il y avait dans les faits qu'elle constatait souverainement la preuve, et peut être même mieux, l'aveu, d'une renonciation du droit du demandeur à se prévaloir du pacte de préférence. Mais il ne faut pas selon nous étendre la portée de cette décision. S'il est en droit un principe incontestable, c'est celui que la renonciation à un droit ne se présume pas, et que tout débiteur qui se prétend libéré doit prouver sa libération. Ces règles si impératives inscrites dans l'arti-

1. 17 mai 1880. S. 80.2.32. D. P. 81.2.220.

cle 1315 doivent évidemment recevoir application dans la matière, et selon nous la renonciation au bénéfice d'un pacte de préférence ne saurait se présumer. Dans l'arrêt ci-dessus, la Cour a relevé des éléments qui, comme la signature apportée par le bénéficiaire à une aliénation constituaient une preuve par écrit de sa renonciation, suffisante selon l'interprétation donnée de l'article 1341 du Code civil. L'action introduite par lui pour obtenir l'élagage d'arbres en excès sur le fonds vendu constituaient un véritable aveu *in judicio* de la régularité de la vente, cet arrêt malgré l'apparence n'est pas en contradiction avec l'opinion que nous présentons.

CHAPITRE IX

DROITS DU STIPULANT AVANT LA VENTE

Un long délai peut s'écouler entre le moment où la promesse sera faite et celui où le stipulant sera à même de demander à son profit sa réalisation. Pendant ce temps il pourra voir son droit compromis par des actes contraires du promettant, et il faut envisager les moyens qui vont lui permettre de se mettre à l'abri des entreprises dont il peut être victime.

La première question qui se pose est celle de savoir si un droit de préférence pourra être l'objet de mesures conservatoires destinées à protéger le droit éventuel du stipulant dès avant la possibilité de sa réalisation. Nous ne saurions mieux répondre à cette question de principe qu'en empruntant à M. Demogue l'opinion suivante qui répond à la fois aux exigences de l'équité et du droit. « Il nous semble impossible de refuser à un créancier éventuel la faculté d'accomplir des actes conservatoires. Car du moment qu'une personne a un certain droit, fut-il éventuel, il doit lui être permis de faire les actes nécessaires pour l'empêcher de déperir, car autant vaudrait

dire que l'on n'a pas de droit du tout (1) ». Toute mesure tendant à la protection du droit du stipulant et compatible avec le caractère strictement personnel du droit de préférence pourra donc être prise par le bénéficiaire.

Une énumération complète de tous les actes conservatoires qui peuvent avoir pour effet direct ou indirect la protection d'une promesse de préférence serait impossible à faire. Par conséquent nous nous bornerons à passer rapidement en revue les problèmes que peut soulever cette question.

S'il s'agit d'un immeuble, la première idée qui va se présenter à l'esprit sera celle de la possibilité d'une transcription du pacte de préférence : Disons tout de suite que la transcription n'aura pas, dans notre régime foncier, une influence quelconque sur les mesures de disposition que le promettant pourra prendre contrairement aux droits du bénéficiaire. La Cour de cassation a jugé à maintes reprises que la promesse unilatérale de vente ne peut par la transcription être rendue opposable aux tiers et par conséquent une transcription ne peut empêcher une aliénation au profit d'un tiers. La jurisprudence exige pour la validité de la transcription que celle-ci soit accompagnée de la transcription d'une acceptation de la promesse (2).

A l'étranger la réglementation législative du droit

1. Demogue, *Nature et effets des droits éventuels* (Rev. trim., 1906, p. 259).

2. Cass. req., 25 mai 1908. D. P. 1909. 1.425.

de préférence conduit à des solutions différentes.

L'article 959 du Code civil suisse prévoit la possibilité d'inscrire au registre foncier les droits de préemption et de réméré dans les cas prévus par le droit cantonal, et décide ainsi que les droits deviennent opposables à tout acquéreur postérieur de l'immeuble. L'article 960 décide de même que les restrictifs du droit d'aliéner peuvent être annotés au livre foncier et deviennent par suite opposables aux tiers.

L'article 449 du Code civil du canton de Zurich dispose que le droit de préemption (*Vorkaufrecht*), stipulé au profit du vendeur d'immeuble ne confère qu'un droit personnel, mais que cependant il peut prendre le caractère d'un droit réel par son inscription sur les registres publics. Des dispositions analogues se trouvent au Code civil autrichien (art. 1073). En droit allemand le droit de préemption se trouve opposable de plein droit au tiers dès l'instant qu'il a fait l'objet dans les formes ordinaires d'une inscription au livre foncier (arg. des articles 505 et 873 du Code civil allemand).

Le bénéficiaire pourra-t-il de même faire reconnaître son droit en justice ? Nous pensons qu'il faut répondre par l'affirmative à cette question. Un particulier qui possède un titre a toujours le droit de le faire reconnaître par les tribunaux, cette reconnaissance n'ayant d'effet qu'entre les parties à la vérification. L'article 1323 et l'article 2123 en faisant résulter l'hypothèque judiciaire des reconnaissances

ou vérifications faites en jugement posent le principe de l'existence de ce droit. Il en résulte que toutes les procédures, enquêtes ou expertises destinées à préserver ce droit sont recevables. Il ne faut pas voir dans ces errements des enquêtes ou expertises à futur prohibées, l'intérêt à la reconnaissance du droit est né et actuel. Ce principe ne paraît pas contestable, aussi bien qu'en droit qu'en équité et M. Demogue a pu écrire : « Toute personne ayant
« un simple droit éventuel peut agir en justice pour
« faire consacrer légalement son droit tel qu'il existe
« actuellement. Elle peut à cet effet réclamer une
« vérification d'écriture, une enquête, et au besoin
« tout autre mode d'information, interrogatoire sur
« faits et articles, délation de serment décisive ou
« supplétoires. Le tribunal en face de cette demande
« est obligé de constater ce qu'on lui demande après
« avoir vérifié si cela a une utilité pour le procès
« que l'on se propose d'intenter (1). »

Le promettant pourra aussi s'exposer aux aliénations gracieuses, et ce malgré la limitation que nous avons reconnue sur ce point au pacte de préférence, dès l'instant que l'aliénation aura pour but de faire fraude à ses droits et qu'il pourra démontrer cette intention. Les principes qui règnent en la matière sont les mêmes que ceux qui ont motivé en matière de vente les arrêts de 1902 et 1926 étudiés plus haut. Le stipulant pourra ainsi faire rester dans le

1. *Nature et effets des droits éventuels* (Rev. trim., 1906, loc. cit.)₁

patrimoine de son promettant l'objet de la promesse, de façon à pouvoir exercer le droit dont il est titulaire.

La promesse peut enfin être assortie de sûretés conventionnelles et spéciales. Dans ce cas il est évident que ces sûretés seront conservées dans les formes ordinaires. On peut encore concevoir, et il semble que ce soit la meilleure sûreté dont une obligation de faire puisse être assortie que cette promesse soit accompagnée d'une clause pénale. Il pourra évidemment être pris inscription d'hypothèque pour la sûreté de la somme stipulée à titre de peine à la condition de mentionner dans l'inscription, conformément aux prescriptions de l'article 2148 du Code civil, la condition dont dépend l'existence de la créance.

Il peut se trouver que le propriétaire se livre sur la chose à des transformations comme nous l'avons exposé au chapitre précédent. Dans ce cas, et si les agissements du propriétaire rentrent dans la catégorie de ceux que nous avons vus lui être interdits, il est très certain que le titulaire de la promesse sera en droit d'exiger la remise des choses en état.

* * *

La notion du patrimoine reçue en droit français nous oblige à ranger la promesse de préférence au nombre des éléments actifs dont l'ensemble va constituer le patrimoine du stipulant. Il est donc du

plus haut intérêt de savoir si, dans l'état de simple promesse où elle se trouve, avant toute acceptation ou tout commencement de réalisation, elle peut être l'objet d'une négociation ou d'une transmission héréditaire ; en d'autres termes si elle a un caractère personnel ou patrimonial.

Cette question n'est pas restée inaperçue des rédacteurs des codes étrangers qui se sont occupés de ce contrat spécial. Le plus ancien de tous, le Code autrichien décide dans son article 1074 « que le droit de préemption ne peut être cédé à un tiers ni être transféré aux héritiers de l'ayant droit. Le Code civil allemand dans son article 514 a une disposition analogue en ce qui concerne la cession et la transmission héréditaire, sauf la faculté de stipuler la clause contraire. « Le droit de préemption est incessible et ne passe pas aux héritiers de l'ayant droit, à moins de clause contraire. Si le droit est limité à un certain temps, il est, en cas de doute, transmissible par la succession. » Toutefois, par exception, le droit de préférence concédé pour un certain temps seulement passe à l'héritier. Le Code civil de Zurich (art. 450) donne une solution tout à fait semblable.

En ce qui concerne le droit français nous ne pouvons solutionner ces deux questions de cession et de transmission héréditaire qu'à la lumière de nos principes généraux. La Cour de Limoges dans son arrêt du 5 juin 1899 (1) a admis la possibilité de la

1. D. P. 1904.2.41.

cession de la promesse de préférence, et la Cour de cassation appelée à statuer sur le pourvoi le 15 avril 1902 (1) l'a rejeté. Elle n'a fait que faire au pacte de préférence, et au droit de préemption qu'il consacre, l'application du principe général contenu dans l'article 1598 du Code civil, et le droit de cessionnaire trouve son fondement dans l'article 1122 du Code civil et dont elle faisait depuis longtemps l'application en matière de promesse de vente. Quant à la cession, elle porte évidemment sur une créance incorporelle et par conséquent elle sera régie par les articles 1689 et suivants du Code civil (2).

L'article 724 du Code civil et l'article 1122 que nous venons de citer, implique également que la promesse de préférence passe à l'héritier de celui qui l'a stipulée. Nous n'avons pas relevé de décision judiciaire faisant état d'une transmission héréditaire active de la promesse. Mais la Cour de Lyon, dans un arrêt du 22 novembre 1927 (2) a admis explicitement la transmission héréditaire de l'obligation passive née du pacte de préférence. Si elle en a écarté l'effet dans sa décision d'espèce, c'est comme nous le verrons au chapitre suivant pour des raisons tirées de la nature de l'indivision qui se trouvait héréditairement tenue. Il n'en est pas moins vrai qu'elle a décidé que l'héritier devenu seul propriétaire

1. Voir la note de M. Chaumont sous Cass., 15 avril 1902. *Pand. franç.*, 1904.1.395.

2. D. P. 1903.2.41.

du bien objet de la promesse était tenu de consentir à sa réalisation.

La cession du pacte et sa transmission héréditaire nous paraissent donc incontestablement devoir être reconnues et notre solution est conforme aux vues de la jurisprudence.

CHAPITRE X

EFFETS DU PACTE DE PRÉFÉRENCE RÉALISATION DE LA PROMESSE

Nous allons maintenant aborder le vif de notre sujet en examinant les obligations qui pèseront sur le promettant au moment où le pacte deviendra susceptible d'exécution.

Nous avons au chapitre précédent déterminé que cette exécution serait, de droit, rendue possible par la décision de vendre prise par le promettant et par la réalisation prochaine d'une vente à un tiers. Nous avons également déterminé que cette obligation ne s'étendait pas à certaines aliénations et que par conséquent le promettant ne serait tenu à mettre le stipulant à même d'exercer son droit que dans certains cas déterminés.

Lorsque la promesse deviendra par l'un des modes ci-dessus rappelés susceptible d'exécution, le promettant en premier lieu va être tenu de faire connaître au stipulant que le moment est venu pour lui de tirer s'il le veut, avantage de la promesse. C'est là le principe que pose l'arrêt de la Chambre des requêtes du 12 janvier 1926. D. H. 1926.1.116. Cet arrêt nous donne également des précisions utiles

sur l'étendue de l'obligation de dénoncer, il n'est pas seulement nécessaire, dit l'arrêt, de dénoncer le prix de vente. Il faut encore dénoncer les modalités de paiement de ce prix et généralement les conditions générales et les stipulations particulières à la vente envisagée. Selon nous le promettant doit dénoncer également le nom de l'acheteur éventuel, nécessaire pour que le bénéficiaire puisse contrôler la sincérité de l'opération.

Très justement, selon nous, la Cour de cassation a déclaré que l'ensemble de ces conditions, particulièrement favorables à l'acquéreur étaient de nature à avoir une véritable influence sur le prix du bien promis.

Cette solution nous paraît d'une importance capitale. Elle va permettre très équitablement, par assimilation entre le prix et certaines conditions de la vente, de forcer le promettant à dénoncer non seulement le prix, qui dans l'hypothèse générale, va seul être compris dans la promesse, mais les conditions faites au tiers acquéreur. En assimilant ces conditions au prix convenu, on va obliger le propriétaire en cas d'acceptation de la promesse à passer acte à ces mêmes conditions même au cas où seul l'égalité de prix a été stipulée comme condition de la préférence. On va donc, premier avantage, mettre le stipulant à même de donner son adhésion à un projet de vente complet et constituant un avant acte véritable qu'il suffira de sa seule adhésion pour rendre parfait. En second lieu on va mettre le stipulant

à l'abri d'une fraude facile qui consisterait à majorer le prix convenu et porté au contrat dans des conditions telles qu'il serait à peu près certain de le voir refuser l'option dont il était bénéficiaire, alors que les avantages concédés au tiers seraient de telle importance qu'ils viendraient sensiblement réduire la charge ainsi imposée.

« Attendu dit la Cour suprême, qu'aux termes
« l'acte de vente du 11 novembre 1921, les époux
« Besse étaient autorisés à se libérer du prix de
« 170.000 francs par acomptes ne devant pas être
« inférieurs à 12.000 francs, mais au fur et à mesure
« des bénéfices produits par leur travail, de manière
« à amortir le capital dans un délai de 15 ans à comp-
« ter du 1^{er} janvier 1922, les sommes restant dues
« étant productives d'intérêts au taux de 5 % ;

« Attendu que l'on ne saurait méconnaître l'inté-
« rêt que Jargohen avait à être fixé sur ces stipula-
« tions particulières avant d'exercer son droit d'op-
« tion, les délais accordés pour le paiement du prix
« étant de nature à affecter le prix lui-même et à
« exercer une véritable répercussion sur son impor-
« tance. »

* * *

Dans quelles formes cette dénonciation devra-t-elle être faite. Sauf le cas où cette forme aura été réglée par la convention, nous croyons qu'il sera sage au promettant qui peut avoir à justifier de l'accomplis-

sement de ces obligations, de la faire par acte extrajudiciaire à personne ou à domicile.

Enfin l'obligation pesant indiscutablement sur le promettant, il est certain que le stipulant possède une action pour le contraindre à y satisfaire. L'arrêt de 1926 rapporté ci-dessus l'admet implicitement en disant que c'est à tort que le propriétaire s'est refusé à donner cette communication demandée par le bénéficiaire. Or le stipulant auquel ce droit est ainsi reconnu aurait pu le faire valoir en justice et faire condamner par exemple sous astreinte le propriétaire à lui représenter l'acte. Il jouit donc d'une véritable action *ad exhibendum*, cette action si oubliée aujourd'hui et qui permet au bénéficiaire d'une obligation de prendre connaissance des actes susceptibles de lui porter préjudice (1).

M. Demogue dans une note à la *Revue trimestrielle* (2), à propos de cet arrêt propose même, avec raison selon nous, une solution beaucoup plus radicale. Il soutient que le stipulant peut exiger d'être appelé à la signature de l'acte pour contrôler, même après refus de bénéficier de la promesse, la conformité de l'acte prévu et de la notification qui lui en a été faite, ou avant de prendre parti d'être appelé dans les mêmes conditions pour déclarer avant signature, s'il entend réaliser l'acte à son profit. Nous estimons même que cette seconde manière de procéder cons-

1. Demogue, *Nature et effets des droits éventuels* (*Rev. trim.*, 1906, p. 298) ; Demontes, *L'action ad exhibendum en droit moderne*, thèse.

2. *Rev. trim.*, 1926, p. 394.

titue la meilleure façon de satisfaire à l'obligation de dénoncer du promettant, et qu'elle est la seule qui rende particulièrement difficile la fraude.

Le Code civil allemand dans ses articles 504 et seq. règle les formes d'exercice du droit de préemption (Vorkauf) du titulaire de la promesse. Celui, dit l'article 504 qui est en droit d'exercer la préemption relativement à un objet peut le faire aussitôt que l'obligé a passé un contrat avec un tiers sur le même objet. Le contrat de vente nouveau est réalisé aux mêmes conditions que celles convenues entre l'obligé et le tiers (art. 506). Cette solution est conforme à la solution donnée plus haut.

L'article 507 du Code allemand contient une disposition intéressante (1) au cas où, outre le paiement du prix, le tiers acquéreur se trouve soumis à une prestation particulière. Si la prestation est évaluable en argent, le bénéficiaire doit en acquitter la valeur. Mais dit le même texte : « Si l'estimation de la prestation accessoire n'est pas possible le droit de préemption est exclu. » Le droit de préemption se trouve ainsi exclu chaque fois que la prestation revêt le caractère d'un fait personnel au tiers. Cette rigueur est

1. Art. 507 Code civ. allemand. Lorsque le tiers s'est, dans le contrat, obligé à une prestation accessoire que celui qui a le droit de préemption n'est pas en état d'accomplir, ce dernier, au lieu d'effectuer la prestation accessoire, doit en payer la valeur. Si l'estimation de la prestation accessoire en argent n'est pas possible le droit de préemption est exclu. Cependant on ne tient pas compte de la prestation accessoire quand le contrat aurait été conclu aussi bien avec elle que sans elle. Voir le commentaire de ce texte Code civ. allemand. Edition de l'office de législation comp. art. 507.

pourtant tempérée *in fine* par une règle destinée évidemment à couper court aux fraudes rendues faciles par l'adjonction d'une prestation personnelle en stipulant : « Cependant l'on ne tient pas compte de la « prestation accessoire convenue quand le contrat « aurait été conclu aussi bien sans elle qu'avec elle, « avec le tiers. »

Enfin l'article 510 édicte dans son paragraphe 1, l'obligation qui pèse sur le promettant de communiquer immédiatement l'entier projet du contrat « la teneur du contrat conclu avec le tiers ».

Le Code civil du canton de Zurich qui n'envisage le pacte de préférence qu'au seul profit du vendeur, n'édicte aucune règle à l'égard de cette obligation de communiquer, s'en remettant à l'interprétation de la convention. Quant au Code autrichien, ses solutions sont assez analogues à celles données par le Code allemand en ce qui concerne l'évaluation des prestations (art. 1077). D'autre part l'article 1077 y énonce sans plus l'obligation d'offrir qui pèse sur le vendeur.

Obliger le bénéficiaire de la promesse à prendre parti dès la communication du projet d'acte serait souvent lui interdire l'exercice de son droit. Aussi tous les auteurs ont reconnu que la communication du projet une fois opérée, il était indispensable de laisser un certain délai au bénéficiaire pour lui permettre de donner une acceptation en connaissance de cause.

Il est de toute évidence que le délai laissé au stipu-

lant doit être suffisant pour lui permettre de prendre parti en connaissance de cause, et par voie de conséquence le promettant ne pourra passer acte avec les tiers avant l'expiration de ce délai sous peine de se voir traiter comme s'il n'avait pas observé les obligations nées de sa promesse. La grosse question d'ailleurs sera de déterminer la durée du délai et en cas de doute qui le déterminera (1).

Il est tout d'abord certain que le délai peut être fixé par la convention. C'est là le cas le plus simple et l'article 1134 du Code civil obligera alors les parties à s'y conformer. Mais la plupart du temps dans la pratique, un pacte de préférence se présente sans qu'il ait été prévu de délai pour sa réalisation. Il est très certain que dans ce cas la fixation pourra être judiciaire, c'est-à-dire qu'elle pourra être imposée par le juge, soit préalablement à la notification, soit qu'après cette notification il vienne impartir un délai au stipulant, interdisant au promettant de passer acte avec le tiers avant l'expiration de ce délai.

* * *

Il est très certain que le juge aura peu d'occasions de manifester ainsi son activité. La plupart du temps il se bornera à contrôler le délai qui en fait aura été délaissé par le promettant au bénéficiaire et à rechercher si ce délai a été suffisant pour la légitime sauvegarde de ses intérêts.

1. Comp. Limoges, 6 juin 1899. S. 1901.2.114.

Le plus souvent le promettant d'ailleurs indiquera dans sa notification le délai passé lequel il réalisera l'acte en question. Est-ce à dire qu'il jouira à cet effet d'un droit de détermination absolu ? Evidemment non. Le juge pourra toujours exercer comme il a été dit ci-dessus son droit de contrôle sur la décision prise par le promettant. Mais la question ne devient réellement compliquée que lorsque, ce délai étant suffisant, mais expiré, l'acte d'autre part n'étant pas néanmoins réalisé le bénéficiaire prétendra avoir droit à une réalisation à son profit.

Cette question seule, qui met en jeu toute la question du caractère fatal du délai conventionnel, mériterait une thèse entière pour être approfondie. Nous nous bornerons simplement à indiquer à ce sujet qu'il est de jurisprudence en matière de promesse de vente et qu'il nous paraît convenable d'admettre en matière de promesse de préférence, que l'échéance du délai conventionnel rend le bénéficiaire irrecevable à demander la revendication à son profit (Req., 8 mai 1882. D. P. 82.1.316). Un arrêt a reconnu à un promettant en matière de promesse de vente le droit d'impartir un délai d'option au bénéficiaire, délai de rigueur sauf appréciation des tribunaux (Bourges, 15 juin 1841. D. P. 47.1.347). Mais si ce délai est expiré au moment où le bénéficiaire entend se prévaloir de son droit de préférence, et que cependant l'acte avec le tiers n'ait pas encore été passé il nous paraît équitable de décider que l'acte malgré tout doit être passé au bénéficiaire de la promesse à

l'exclusion du tiers acheteur. Reconnaître en effet au promettant le droit de se fixer lui-même un délai, et accorder à cette fixation une sanction par la déchéance acquise et reconnue des droits d'un contractant, serait, contrairement à tout principe, reconnaître au bénéficiaire le droit sur ce point particulier de se faire justice lui-même (1), le promettant n'aurait qu'à s'en prendre à lui-même de n'avoir pas par la passation de l'acte, mis le bénéficiaire dans l'impossibilité de requérir l'acte à son profit.

Cette solution est tellement conforme aux exigences de la raison et du droit, que le droit autrichien dès 1811 établissait un délai légal d'exercice du droit de préférence (Vorkauf), entraînant au bout de 24 heures pour les choses mobilières et de 30 jours pour les immeubles, l'extinction du droit de préférence accordé (art. 1075). L'article 510 du Code allemand établit des délais respectifs de une semaine et deux mois pour chacun des deux cas. Il réserve aux parties la faculté de stipuler un délai conventionnel. « Le droit de préemption, en ce qui concerne les immeubles ne doit être exercé que jusqu'à l'expiration du délai de deux mois et pour les autres objets que jusqu'à l'expiration d'une semaine après la réception de la communication. Si un délai a été stipulé pour son exercice, ce délai remplace le délai légal. »

Le promettant ne se trouve pas du fait du pacte

1. D. P. 1903.2.41.

de préférence tenu à des obligations spéciales à l'égard du tiers acquéreur. Il devra en toute sincérité l'aviser de l'existence du pacte, mais il ne sera lié à lui par aucune obligation née de l'existence de la promesse qui est entre eux *res inter alios acta*, et l'obligation de ne pas passer acte avant l'expiration du délai d'option ne sera obligatoire que dans ses rapports avec le seul bénéficiaire.

* * *

La question se pose maintenant de savoir quels seront les droits du bénéficiaire si le promettant se décide à mettre son immeuble en vente par voie d'adjudication.

Il est d'abord indiscutable que le promettant aura l'obligation, sous peine de voir le stipulant provoquer contre lui une sanction judiciaire, en dressant le cahier des charges, de mettre au nombre des conditions, que l'adjudication sera subordonnée à l'exercice du droit de préemption du bénéficiaire, et qu'il devra communiquer à celui-ci les conditions de la vente pour remplir l'obligation de dénoncer qui lui incombe ainsi que nous l'avons vu plus haut. Cette dénonciation du cahier des charges et des conditions de la vente est en effet aussi indispensable et remplit le même objet que la communication du projet d'acte dans l'hypothèse d'une vente amiable. La seule différence est dans cette circonstance que le prix ne sera pas fixé par l'accord du promettant et du tiers,

mais par la plus forte enchère qui sera portée.

Nous croyons qu'il faut en cette hypothèse faire une distinction suivant que la promesse est affectée d'un délai pour sa réalisation ou non. Dans ce second cas nous pensons que le bénéficiaire ne peut exiger qu'il lui soit laissé un délai pour prendre parti. Il est en effet du principe même des ventes aux enchères que le contrat se forme immédiatement par l'adhésion de l'acquéreur aux conditions du cahier des charges, adhésion manifestée par le seul fait qu'il a porté une enchère qui ne se trouve pas couverte, et ce au contraire de ce qui se passe dans un contrat ordinaire où chacune des conditions du contrat est le résultat de l'entente réfléchie des parties. Il est en effet admis que le cahier des charges est l'œuvre du seul vendeur (1). Le bénéficiaire du pacte de préférence ne peut à notre sens exiger un sort meilleur que celui qui est fait à l'adjudicataire, et par conséquent ne peut pas exiger un délai pour prendre une décision, délai qui serait refusé à tout autre amateur et lui ferait ainsi un sort meilleur que celui de l'amateur auquel il sera substitué en cas de réalisation.

La conséquence du principe une fois admis est qu'il est nécessaire d'admettre que le propriétaire est tenu d'appeler à la vente, au besoin par sommation le bénéficiaire du pacte. C'est une solution en tous points conforme à celle du Code autrichien déjà citée.

1. Crochet, *Des contrats aux enchères*, thèse, Paris, p. 53.

Pour exercer son droit le bénéficiaire devra donc être présent à l'adjudication. Il n'aura pas cependant à porter une enchère supérieure à la dernière enchère pour être déclaré adjudicataire. Il a droit d'exiger la vente à égalité du prix trouvé par le propriétaire. Il n'aura donc qu'à porter une enchère égale à la dernière reçue pour être proclamé adjudicataire.

Dans la pratique nous pensons que l'officier public qui préside à la vente doit, avant d'adjuger, interroger le bénéficiaire du pacte pour lui demander s'il ne porte pas une enchère égale à celle sur laquelle il sera adjugé, faute par lui de requérir la vente à son profit.

Au cas où le bénéficiaire jouit d'un délai pour exercer son droit, il ne peut appartenir au vendeur de l'en priver au moyen d'une adjudication aux enchères. Il nous paraît donc équitable d'exiger du promettant qu'il introduise dans le cahier des charges une clause prévoyant l'exercice du droit de préférence, et subordonnant l'adjudication à la condition suspensive que le bénéficiaire laissera expirer le délai sans porter d'enchère égale. Dans cette hypothèse il sera nécessaire de dénoncer au bénéficiaire les conditions de la vente et le prix atteint, pour le mettre à même d'exercer son droit de préemption. L'adjudication prononcée au profit du plus fort enchérisseur sera donc réputée non avenue si le stipulant la prend à son compte.

L'on pourrait tout aussi bien énoncer au cahier des

charges que l'adjudication sera définitive sauf à être résolue si le stipulant exige la vente à son profit, mais la nécessité où l'on se trouverait alors de satisfaire immédiatement à l'acquit des taxes fiscales et à la transcription nous paraît une difficulté supplémentaire interdisant en pratique ce moyen (1).

* * *

Les obligations du promettant étant ainsi définies, il va importer de rechercher quelles infractions à ses obligations ouvriront matière à sanction.

Ces infractions pourront se produire avant la vente au tiers, par exemple au cas où le promettant aura négligé de mettre le bénéficiaire à même d'exercer son option. Elles pourront prendre place au moment de la vente, par exemple au cas où le promettant passerait acte au tiers avant l'expiration du délai d'option. Enfin elles pourront même être postérieures à la vente. Il n'est pas impossible d'imaginer par exemple que le bénéficiaire, par novation au contrat dénoncé et réalisé, y apporte des modifications de nature à rendre plus douce la situation de son co-contractant au moyen par exemple d'une réduction de prix ou de l'octroi de délais de paiement

1. Les clauses à insérer au cahier des charges de la vente aux enchères d'un bien objet d'une promesse de préférence ont fait l'objet d'une étude détaillée au *Répertoire pratique de Notariat* (Defrénois), année 1925, n° 21108. Nous n'y pouvons que renvoyer, ainsi qu'aux formules données la même année sous le n° 21132.

différents de ceux stipulés originairement. Naturellement, il devra s'agir de modifications apportées par fraude aux droits du bénéficiaire.

S'il est difficile sinon impossible de dresser une liste des obligations du promettant dont la violation ouvrira lieu à sanctions, il est indispensable, tout au moins de déterminer la nature de l'action ouverte au bénéficiaire et de rechercher pour cela la nature de son droit.

Ce point est celui sur lequel on a le plus épilogué à propos du pacte de préférence, et l'on peut dire que tous les arrêts que l'on trouve dans les recueils dans le cours des 40 premières années du Code civil en cherchent la solution. L'ancien droit établissait une distinction entre les pactes de préférence que nous avons rattachés à l'institution du réméré, et le pacte stipulé au profit de toute autre qu'un vendeur. Dans la première hypothèse le bénéficiaire jouissait d'une action réelle, dans la seconde d'un droit purement personnel et mobilier. La première question qui s'est posée a été de savoir si le droit nouveau avait maintenu l'ancienne distinction.

La réponse était facile, il suffisait de se reporter aux principes généraux et à la définition même du droit réel. Outre comme le présente une expression à la mode qu'il est « une obligation passivement universelle » (1), le droit réel de sa nature confère dès sa cons-

1. Sur la notion générale de droit réel consulter : André Breton, *Théorie générale de la renonciation aux droits réels* (*Rev. trim.*, 1928, p. 263, nos 1 à 3.

titution au titulaire un droit tout au moins relatif ou éventuel sur la chose, droit qui à un moment donné lui permettra de faire acte de disposition sur la chose et de jouir sur elle d'un pouvoir protégé par des actions spéciales. De là il va logiquement résulter que le droit réel ne pourra être constitué par les particuliers que dans la mesure où sa construction pourra rentrer dans un moule préexistant, destiné à contenir de semblables droits et, dans notre régime juridique, législativement établi.

Or le droit du bénéficiaire de la promesse est un droit simplement éventuel. Donc jusqu'au jour de sa réalisation, il ne lui conférera aucun droit de possession sur l'objet promis. Bien mieux, il sera nécessaire qu'au jour où il pourra acquérir ce droit réel, il lui soit conféré par le propriétaire, promettant au pacte. C'est donc en celui-ci que résidait jusqu'à ce moment les droits réels constitués ou constituables sur l'objet promis. La solution est la même qu'en matière de promesse de vente.

Le droit du promettant n'est donc qu'un droit personnel, droit de créance portant sur une obligation de faire, en l'espèce une obligation de transférer la propriété. Dans les termes mêmes de la promesse, l'infraction à cette obligation va donc tomber directement sous le coup de l'article 1142 du Code civil qui prévoit la résolution de l'obligation en dommages-intérêts.

Un seul arrêt nous paraît avoir reconnu un droit réel au bénéficiaire (Riom, 30 juin 1843. S. 1844.2. 343 ; D. 2.45.48). Bien qu'approuvé par Larombière,

il a eu contre lui, et dès les premiers temps, la quasi-unanimité de la jurisprudence. La doctrine est également tout entière dans ce sens.

On ne peut que l'approuver. « Les droits réels rappelait récemment M. André Breton, sont avant tout ceux qu'une personne peut exercer directement sur une chose (1). On ne peut soutenir que le bénéficiaire d'un droit de préférence, puisse exercer un droit direct sur la chose qui en est l'objet. Il est un simple créancier personnel. du promettant et l'objet de sa créance est la réalisation d'un contrat futile.

Cette obligation purement personnelle va donc n'ouvrir la voie en cas de non-exécution qu'à une simple action en dommages-intérêts. Elle ne pourra permettre dans le cas où elle est stipulée au profit du vendeur une action réelle au bénéficiaire qui pourrait le remettre en possession de la chose promise. Cette solution admise par notre ancien droit dans ce cas particulier ne peut plus être retenue concurremment avec les idées fondamentales de la vente dans notre droit moderne qui veulent que le dépouillement du vendeur soit total, non seulement à l'égard de son acheteur, mais encore à l'égard des tiers. Le droit réel reconnu à ce vendeur bénéficiaire d'une promesse de préférence apparaît en effet comme un droit de propriété retenue, inconciliable avec la doctrine des articles 1582 et 1583 du Code civil (2).

1. *Ibid.*

2. Sur la contravention à la promesse de vente, voir Planiol, II, 1403.

Cette solution particulièrement rigoureuse n'a pas été accueillie par la jurisprudence sans quelques conflits. Elle a toujours nettement prévalu et à l'exception de l'arrêt de Riom précité, il n'y a pas dans nos tables de décisions en sens contraire. Ce droit à de simples dommages-intérêts du bénéficiaire du pacte de préférence qui a vu réaliser une vente à son détriment est remarquablement affirmé dès 1834 par le rapporteur de l'arrêt de cassation du 13 juillet 1834 que nous rapporte le Sirey. Sa doctrine, beaucoup plus nette que celle dégagée de l'arrêt qu'il fit rendre confirma nombre de décisions antérieures, mais inspira par la suite toutes les décisions rendues en la matière (1). La loi du 23 mars 1855 semblait avoir définitivement tranché la question en soumettant la conservation des droits réels immobiliers à des formalités de transcription et en ne comprenant au nombre de ses contrats susceptibles d'être transcrits ni la promesse de vente, objet d'une jurisprudence nombreuse et dans le même sens, ni le pacte de préférence (2).

La conséquence de cette protection sommaire du pacte de préférence avait été sa quasi-disparition

1. Colmar, 5 juin an XIII. S. et P. chr. D. A. 900 ; Toulouse, 15 juillet 1818. S. et P. chr. D. 1824, II, 506 ; 16 nov. 1925. S. et P. chr. D. P. 1926.2.77 ; Grenoble, 13 mai 1829. S. et P. chr. D. 1831.1.310 ; Cass., 9 juillet 1834. S. 1834.1.741. D. 1834, III, 388 ; P. chr. D. P. 1834.1.300 ; Bordeaux, 19 août 1834. D. req. V^o *Vente*, n^o 310 ; Bordeaux, Trib. Mulhouse, 7 juin 1835. S. 1839.2.207 ; Agen, 1^{er} février 1869. S. 6.92 à 14 ; Toulouse, 17 mai 1880. S. 1880.2.322. D. P. 1881.1.220 ; Caen, 15 août 1902. D. P. 1903.1.38.

2. Cass req., 26 mai 1908. D. P. 1909.1.1925 et la note de M. Perceval.

pratique. Entre 1840 et 1890, il ne figure presque plus dans nos recueils, puis la promesse de préférence reparaît en jurisprudence et à deux reprises la Cour de cassation se trouve appelée à statuer sur elle en même temps qu'il est publié quelques arrêts d'appel. Elle semble donc actuellement, à la faveur de circonstances économiques déjà exposées, appelée à reprendre dans le nombre de nos institutions juridiques une place modeste, mais que la construction hardie de jurisprudence échafaudée sur elle par les deux arrêts en question va rendre singulièrement forte.

Pour trouver cette sanction efficace à l'infraction au pacte de préférence nécessaire pour la solidité de cette institution, la Cour suprême a fait appel aux notions qu'elle retient en matière de fraude, et elle se montre particulièrement large dans l'appréciation des faits dont elle permet aux juges du fond d'induire la faute. L'œuvre de la Cour de cassation apparaît d'autant plus comme personnelle que la première décision qu'elle prit le 15 avril (D. P. 1903. 1.38; P. F. 1904.1.305; S. 1903.1. fut rendue sur un arrêt de Limoges du 6 juin 1899. D. P. 1903. 2.41; P. F. et S. *ibid.*) rendu dans des termes particulièrement prudents et qui suffisent à attester la timidité, peut être même la témérité avec laquelle les rédacteurs de l'arrêt entraient dans la construction nouvelle : « Considérant cependant, disait la « Cour de Limoges, que dans le cas où le tiers acqué-
« reur a connu ce pacte, la jurisprudence *paraît*

« admettre, sa bonne foi étant douteuse, qu'il reste « tenu à restituer la chose. » La Cour de cassation va employer des termes beaucoup plus énergiques ne laissant pas de place à l'équivoque.

La difficulté en cette matière résidait principalement dans la difficulté pratique de rapporter la preuve de la fraude du tiers acquéreur ou de sa complicité de fraude. Dans l'arrêt de Limoges, la Cour tirait cette preuve de deux ordres de faits : D'une part d'une subrogation de l'acquéreur aux obligations du preneur, ensuite d'une connaissance du pacte et de la volonté du stipulant, d'en profiter qu'auraient acquise antérieurement à la vente les acquéreurs. La vente avait un caractère d'autant plus suspect qu'elle avait été conclue avec une hâte singulière à la suite d'une acceptation signifiée par le stipulant.

Or il est à remarquer que dans l'arrêt de cassation le second de ces deux motifs seul est retenu avec une force particulière, pour justifier la solution de l'arrêt attaqué. La subrogation aux droits du vendeur n'intervient plus que comme une circonstance secondaire, sans intérêt sur le sort du débat, eu égard à la fraude consommée et proclamée. Il y a là entre les deux arrêts une différence de rédaction extrêmement nette et que les arrêtistes n'ont peut être pas fait assez ressortir.

En pratique il nous paraît que l'idée de subrogation retenue par la Cour de Limoges eut été de peu d'intérêt pratique si elle s'était présentée isolée de toute idée de fraude. En effet il ne nous paraît pas

qu'elle eut pu permettre à juste raison d'obliger le tiers acquéreur à transférer la propriété au bénéficiaire puisque la vente seule opère la subrogation en la personne de l'acquéreur des obligations du vendeur. Or ce n'était qu'en cas où il viendrait à vendre lui-même que le promettant était tenu de donner la préférence promise. Le tiers acquéreur qui n'est pas dans l'intention de vendre ne saurait remplir les conditions nécessaires pour que le bénéficiaire puisse exiger de lui la réalisation de la promesse. Sa situation nous apparaît totalement différente de celle des héritiers visés par l'arrêt de la Cour de Lyon du 22 novembre 1927 (S. 1928.2.76 ; D. P. 1928.2.151), qui continuateurs de la personne du défunt avaient en formant une demande en licitation à laquelle les étrangers étaient admis, manifesté l'intention de vendre. L'immeuble par le fait des enchères tombant dans le patrimoine de l'un d'eux, celui-ci pouvait être tenu de rétrocéder immédiatement l'objet du pacte, puisqu'il réunissait en sa personne les deux qualités de propriétaire et de vendeur nécessaires pour qu'on puisse exiger de lui la réalisation de la promesse.

L'idée de fraude ainsi mise en relief par la Cour de cassation est celle qui très certainement permet la plus efficace des sanctions à la violation des obligations du promettant. Elle permet par la solidarité qui existe entre tous les auteurs d'un délit de faire perdre au tiers acquéreur le bénéfice de son acquisition frauduleuse. Comme co-auteur de la fraude

dommageable il est tenu à la réparer et les juges peuvent choisir la réparation la plus adéquate. Quelle réparation serait plus adéquate que celle qui va permettre au bénéficiaire de se substituer au tiers acquéreur et de réaliser la vente à son profit ?

La sanction ainsi admise par la jurisprudence est particulièrement heureuse. Elle sera d'autant plus souvent appliquée que la doctrine de l'arrêt que nous venons d'étudier se montre particulièrement large sur la preuve de la fraude qu'elle tire de la connaissance acquise par l'acquéreur du pacte de préférence et de la précipitation à réaliser l'acte.

L'arrêt de la Chambre des requêtes du 12 janvier 1926 (S. 1926.1.183 ; D. H. 1926.116) statue dans une hypothèse où le tiers acquéreur s'est prêté à des manœuvres concertées avec le promettant, manœuvres qui confinent au dol. L'un et l'autre avaient fait notifier au bénéficiaire un projet de contrat de vente dissimulant des conditions dont la nature était telle qu'elles réduisaient sensiblement le prix payé par le tiers. Cette réticence était ainsi particulièrement grave puisqu'elle avait pour but d'évincer par la stipulation d'un prix trop élevé le bénéficiaire, tout en permettant aux complices de satisfaire en apparence à leurs obligations.

Cette jurisprudence est particulièrement remarquable en ce que les deux arrêts ci-dessus arrivent à donner au pacte de préférence une sanction aussi efficace que si le stipulant était par la loi muni d'un droit réel et à cet égard elle peut paraître en opposi-

tion avec les principes que nous avons déjà exposés. Nous n'hésitons pas cependant à l'approuver pleinement. Si en effet l'obligation de faire qui pèse sur le promettant est indéniable, il est très certain que le tiers acquéreur se rendant complice de la fraude du promettant encourt avec lui une responsabilité solidaire, et cette solidarité suffit à justifier le mode de réparation qui lui est imposé au moyen de la remise de l'objet que le promettant était dans l'obligation de livrer et dont il n'a pu bénéficier que par une fraude dont il s'est rendu complice.

Il y a peu de choses à dire sur le mode de réalisation de la vente entre le bénéficiaire et le promettant puisque par définition celle-ci sera conclue sur le projet convenu entre le promettant et le tiers. Par conséquent les clauses en seront les mêmes, l'instrument en sera dressé en la forme prévue, si tout au moins le pacte ne porte pas d'autres stipulations à cet égard.

La détermination du prix ne présente cette particularité qu'elle ne sera pas le résultat d'un accord entre le bénéficiaire acheteur et le vendeur, mais qu'il sera fixé de façon préexistante à la volonté d'acheter de l'acquéreur de telle sorte que la vente à réaliser aura pour lui tous les caractères d'un contrat d'adhésion. Il n'y aura d'exception à cette règle que dans le cas où la promesse aura été faite pour un prix déterminé, stipulation rare, mais cependant rencontrée en pratique (en voir un exemple dans Cass., 12 nov. 1928. D. H. 1928.576).

Nous ne pensons pas avoir longtemps à nous arrê-

ter sur le point de savoir si le bénéficiaire en présence d'une offre manifestement supérieure à la valeur de l'objet sera fondé à s'en plaindre. Nous ne le pensons pas. Le pacte de préférence avons-nous dit de sa nature n'appauvrit pas le promettant. Ce serait l'appauvrir que de le priver du résultat fécond de la spéculation d'un tiers auquel l'immeuble peut convenir mieux que toute autre pour une raison qu'il n'a pas à connaître. Nous ne pensons pas que l'on ait lieu ici de recourir à des mesures analogues à celles qu'édicte dans un cas semblable la loi sur la propriété commerciale (art. 3). En l'absence de solution législative, le caractère de l'obligation contractée qui se doit interpréter restrictivement ne pouvait permettre une telle atteinte aux droits pécuniaires du promettant.

Il se peut pourtant que le tiers amateur n'ait d'autre but en offrant un prix si élevé que d'évincer le stipulant. Ce dernier est par exemple un concurrent qu'il désire évincer de la place. Il ne nous paraît pas que cette intention particulière puisse justifier un traitement de faveur pour le bénéficiaire. Ce n'est qu'au cas où le promettant se sera rendu complice de la fraude du tiers amateur qu'il pourra être recevable à s'en plaindre et à demander par application des principes que nous avons examinés plus haut que l'acte ainsi réalisé en fraude de ses droits soit annulé.

Naturellement dans ce cas encore c'est au stipulant que reviendra la charge de la preuve. Il a en effet

la charge de prouver la non conformité du promettant à ses obligations. Il n'y a là qu'un cas particulier de principes généraux que nous avons essayés de dégager plus haut.

CHAPITRE XI

DU PACTE DE PRÉFÉRENCE ADJOINT A UN AUTRE CONTRAT

Très fréquemment dans la pratique, le pacte de préférence se trouvera adjoint à des contrats divers soit comme condition de la conclusion de ce même contrat, soit comme stipulation accessoire ne pouvant être reliée à ce contrat par un lien conditionnel. La fonction économique du pacte rendra cette stipulation particulièrement fréquente en matière de vente et en matière de louage.

Nous avons vu que notre ancien droit faisait une place privilégiée au pacte de préférence contenu dans une vente et stipulé au profit du vendeur. Nous avons vu aussi que la jurisprudence d'alors donnait à la promesse ainsi conclue une sanction très différente de celle que nous attachons au pacte, en reconnaissant au bénéficiaire du pacte de préférence un droit réel lui permettant de rentrer en possession de l'immeuble aliéné au mépris de son droit de préférence (1). Cette solution ne saurait plus être admise dans notre droit moderne et si un arrêt a pu le

1. Voir plus haut chap. IV.

consacrer implicitement il est resté isolé (1).

Il est au contraire admis unanimement maintenant que la solution ancienne qui se rattachait à l'idée courante alors de l'inaliénabilité de la propriété foncière, et qui trouvait son fondement dans une espèce de droit de propriété retenue reconnu au vendeur ne saurait être admise maintenant. Il n'y a donc pas lieu de faire de distinction entre les pactes de préférence de cette nature et l'ensemble de l'institution (2). Dans un cas comme dans l'autre le droit du stipulant ne sera sanctionné que par l'allocation de dommages-intérêts à laquelle veut seule être réduite l'obligation de faire du promettant.

Toutefois cette restriction des avantages stipulés au profit du vendeur, n'a pas modifié l'utilité de la clause. Maintenant comme autrefois il est facile de concevoir que celui qui aliène un bien auquel il est peut être attaché par des liens extra-patrimoniaux désire se ménager un moyen de rentrer en sa possession. L'institution du réméré telle qu'elle est entendue dans notre droit ne lui donne qu'une protection insuffisante par le bref délai pendant lequel elle peut être exercée. A l'expiration des cinq années de la vente, le pacte de réméré peut être avantageusement remplacé par la stipulation du pacte de préférence qui va donner au propriétaire des espoirs de recouvrement du bien aliéné que n'autorisait par l'article 1660 du Code civil.

1. Riom, 30 juin 1843 précité.

2. Voir rapport sous Cass., 9 juillet 1834 précité.

La Cour de Toulouse a eu à statuer le 16 novembre 1825 sur un acte présentant une promesse de préférence au profit de l'acheteur d'immeuble évincé par l'exercice d'un réméré (D. P. G. V^o *Vente*, n^o 1448).

Nous ne pensons pas que la prohibition d'ordre public portée par l'article 1660 de stipuler un pacte de rachat au profit du vendeur puisse s'étendre à la matière du pacte de préférence. En effet l'article 1660 vise à protéger l'acquéreur qui se trouverait menacé à tout moment et par la seule volonté de son vendeur de prendre le bénéfice de son acquisition et de se voir dépouillé sans indemnité de son bien. Au contraire le pacte de préférence ne va permettre au vendeur qui en bénéficiera de ne prévaloir de son avantage que lorsque son acquéreur aura manifesté son intention de vendre. Par conséquent ce dernier ne pourra se voir privé de son acquisition malgré lui. Enfin les nullités sont de droit étroit et ne peuvent être étendues au delà de leur sphère d'application stricte et l'on ne peut en conséquence étendre sans texte la prohibition de l'article 1660 à une hypothèse différente de celle qu'il prévoit. D'ailleurs il est facile de rencontrer dans les recueils d'arrêts des pactes de préférence stipulés au profit du vendeur et qui en fait remontaient à plus de cinq ans au jour de leur réalisation. Il ne semble pas que l'on ait jamais dans la pratique proposé la nullité de cette clause (1).

1. Cass., 8 avril 1924, *G. P.* 1924.1.700 ; 18 mai 1899, *G. P.* 1925.2.290.

Le pacte de préférence peut être adjoint à un bail. C'est même là le cas le plus fréquent et ce que nous avons déjà exposé plus haut permet de comprendre sans difficultés l'utilité d'une semblable stipulation. Cette adjonction ne nous paraît pas mériter d'explication spéciale en raison de la nature du contrat. Nous n'aurons donc qu'à examiner pour en terminer avec la question du pacte adjoint à un contrat quelle est la nature du lien entre la promesse et le contrat et son sort lorsque le contrat auquel elle est adjointe vient à être révoqué ou résolu.

S'il ne s'agit que d'une juxtaposition matérielle au même instrument de deux actes de nature absolument distincte et sans lien entre eux, il est très certain que le sort du contrat ne pourra influencer sur le sort de notre pacte. Ce cas sera infiniment rare et dans la majeure partie des cas le pacte et le contrat, portant sur le même objet seront étroitement liés, soit que la promesse apparaisse comme une condition essentielle de l'acte, soit au contraire qu'elle n'apparaisse que comme une stipulation accessoire convenue en raison de l'acte principal. Déterminer la nature de ce lien sera en réalité un cas d'espèce.

Il est bien évident que dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, le pacte de préférence suivra en cas d'annulation ou de résolution le sort de l'acte auquel il est lié par application de la maxime *accessorium sequitur principale*. Si le bail portant sur une maison est résolu pour défaut de garnissement de meubles, si la vente est annulée comme portant sur un bien

non dans le commerce, ou résolue pour inexécution des conditions, le bénéficiaire se trouvera du même coup privé du droit à se prévaloir du pacte stipulé à son profit en considération de l'acte annulé et ce définitivement. C'est l'application à la matière des principes qui l'ont été maintes fois à la promesse de vente.

La guerre a soulevé une question qui paraît bien loin du régime normal. Quel sera le sort de la promesse de préférence adjointe à un bail prorogé en vertu des lois du 9 mars 1918 ou des lois subséquentes. La question ne semble pas avoir jamais été posée en justice, peut être parce qu'aucun intérêt pécuniaire ne se trouvait gravement lésé par l'existence d'un pacte de préférence en raison de la promesse d'égalité de prix qui en est la règle presque absolue. Elle s'est du contraire posée à maintes reprises pour la question connexe de la promesse de vente, et la Cour de cassation, pour des motifs peut être plus d'équité et de circonstance que juridiques a à plusieurs reprises affirmé que la prorogation affectant le bail ne s'étendait en rien à la promesse de vente qui y était adjointe. Il nous paraît qu'il serait difficile à la jurisprudence de traiter autrement le pacte de préférence, les motifs de droit données à l'appui de cette solution nous paraissant, en raison de la similitude même des deux opérations, s'imposer à la solution du pacte de préférence. Il nous paraît au contraire que la maxime *accessorum sequitur principale* commandait de laisser la promesse de préférence suivre le sort du

bail auquel elle était liée, d'autant plus que l'article 1674 du Code civil permettait aux propriétaires d'échapper aux conséquences de la dévalorisation chaque fois que leur perte eut été trop sensible. Cette solution n'a d'ailleurs été admise par certaines cours d'appel qu'avec quelque résistance (1).

Quant à la transcription, il est certain que l'adjonction du pacte de préférence à un acte qui y est soumis ne saurait influencer en rien sur ses effets. Le pacte de préférence n'est pas compris par la loi du 23 mars 1855 au nombre des actes dont la transcription est obligatoire. Il est donc inutile au porteur d'un acte soumis à transcription et assorti d'un pacte de préférence de faire transcrire la partie de l'acte qui y est relative. Il est d'ailleurs de principe que les parties qui présentent un acte à transcription soient toujours maîtresses de n'en requérir la transcription qu'*in parte qua*.

Au cas où cette réquisition de transcription partielle n'est pas adressée au conservateur, celui-ci est obligé de transcrire l'acte en son entier. Comme nous l'avons dit plus haut cette transcription restera inopérante. En effet on ne saurait mieux faire que d'assimiler à cet égard le pacte de préférence à une promesse de vente. Or la jurisprudence de la Cour de cassation décide que la transcription de la promesse de vente ne produit effet utile que lorsqu'elle est accompagnée en même temps de la trans-

1. Paris, 11 mars 1925. *G. P.* 1925.1.558.

cription de son acceptation (1). Dans ces conditions on ne saurait reconnaître à la transcription d'un pacte de préférence, promesse du propriétaire qui n'entraîne même pas pour lui obligation de vendre, le moindre effet.

Nous ne pensons même pas que le bénéficiaire d'un pacte de préférence qui a vu son promettant passer acte de vente à un autre, puisse tirer argument suffisant des principes des arrêts de cassation de 1902 et 1926 pour demander l'annulation de l'acte et la vente à son profit. Malgré la réelle faveur avec laquelle ces arrêts, particulièrement le second, traitent le bénéficiaire, l'un et l'autre exigent la démonstration de la fraude commune du vendeur et du tiers acquéreur. Il n'apparaît pas que l'existence d'une transcription en dehors de toute manœuvre dolosive de l'acquéreur puisse constituer par elle seule un état de fraude.

Il se peut également et nous l'avons vu dans la pratique qu'un pacte de préférence soit accompagné d'une promesse de vente. Nous avons vu en effet un bail portant au profit du preneur une promesse de vente dans les formes ordinaires et valide pendant la durée du bail. A côté de cette promesse qui semblait devoir obliger le propriétaire à ne vendre qu'au seul locataire, le bailleur, s'était réservé le droit de vendre pendant le cours du bail, mais en accordant dans ce cas un droit de préférence à prix égal à son

1. Req., 26 mai 1908. D. P. 1909.1.245.

locataire. La vente de toute façon annulait ainsi selon les conventions des parties la promesse ferme convenue (1).

Nous pensons que l'on ne peut entendre cette clause que comme autorisant le bailleur à vendre au cours du bail à un prix inférieur à celui de la promesse de vente. En effet au cas où il lui aurait été dénoncé un projet de vente à un prix supérieur, à celui de la promesse, celle-ci ne devenant caduque que par la vente réalisée, le preneur bénéficiaire des deux promesses eut eu avantage à demander la réalisation de la promesse ferme à lui faite et il l'eut pu faire licitement.

Une espèce un peu analogue s'est rencontrée devant la Cour de Liège (8 déc. 1903. Pas. Belges, 1904.2.338). Mais dans cette espèce, seule la promesse de préférence était assez nettement formulée pour pouvoir être contractuellement sanctionnée. La promesse de vente, faite en effet « aux conditions de prix et de règlement arrêtées préalablement de commun accord » ne pouvait en effet constituer un avant-contrat, à défaut d'entente sur ses conditions et la Cour d'appel n'a vu dans la clause « qu'une simple préférence itérativement mentionnée ».

1. Sur les difficultés auxquelles peut donner lieu le contrat tenant à la fois de la promesse de vente et du droit voir *Rev. trim.*, 1904, 430, n° 30.

CHAPITRE XII

LE PACTE DE PRÉFÉRENCE ET LE DROIT FISCAL

Les questions de droit fiscal apparaissent actuellement avec une importance sans cesse accrue en raison de l'élévation des droits d'enregistrement et les répercussions des questions d'enregistrement peuvent être telles qu'une étude juridique apparaît comme incomplète si elle ne fait pas une place même minime à ces questions.

Le pacte de préférence et qui n'est pas translatif de propriété ne saurait donner ouverture à un droit proportionnel, d'autant plus que n'étant pas en général stipulé moyennant un prix, et la promesse n'étant pas lors de la formation susceptible de détermination de sa valeur, il serait impossible de procéder à la liquidation du droit proportionnel. C'est ce qu'a admis la jurisprudence, en conformité du texte de l'article 3 de la loi du 22 frimaire an VII (art. 3 du décret du 28 décembre 1926) (1).

Ce droit est actuellement fixé par le décret du 3 août 1926 à 22,50 (art. 270, 5, n° 52 du même dé-

1. Cass., 9 juillet 1834. P. 34.1.741. P. chr.; Trib. Bernay, 13 juillet 1881. *J. enregistrement*, n°s 22, 260; *Rép. pér.*, n° 6.218.

cret), le pacte n'étant compris dans aucune disposition législative particulière.

Ce n'est que lors de la réalisation de la vente que l'administration pourra réclamer un droit proportionnel, et ce n'est en effet qu'à ce moment que l'on pourra songer à procéder à une liquidation du droit exigible sur la vente (1).

Nous avons établi déjà au chapitre VIII que le pacte de préférence n'était pas soumis à la transcription. Par conséquent, même s'il se trouve transcrit accessoirement à un autre acte, le pacte de préférence n'entraînera pas de perception spéciale (2).

Enfin pour être complets indiquons que la cession onéreuse d'un pacte de préférence tombera au point de vue fiscal sous le coup de l'article 271, § 11, n° 5 du décret du 28 décembre 1926 qui fixe à 1,50 % les transports, cessions et délégations de créances à terme. Nous avons en effet établi que le pacte de préférence se réduisait à la constitution d'un droit de créance créant à la charge du débiteur une obligation de faire dont la cession est licite.

1. Douai, 14 août 1845. *J. Not.*, n° 12.495.

2. Agg. de décret du 28 décembre 1926, art. 32.

CONCLUSION

Arrivés au terme de cette étude, il nous faut examiner le chemin parcouru et examiner l'avenir de l'institution juridique que constitue le pacte de préférence.

Il y a peu de notions plus simples que celle de ce pacte qui comme l'écrivait M. Demogue signifie : « Si je veux vendre, je vous vendrai au prix fixé par l'offre la plus avantageuse que je recevrai. » Il n'en est peut-être pas de moins connue. De nombreux praticiens que nous avons entretenu de notre sujet n'avaient jamais entendu prononcer son nom. Trop nombreux sont les auteurs qui n'ont vu en lui qu'une variété de la promesse de vente alors que nous avons vu la pratique nous révéler que cet instrument juridique peut s'appliquer à toutes sortes de contrats ; qu'il est en quelque sorte un moule type d'avant-contrat, susceptible de s'adapter à toutes les manifestations de l'économie juridique. Qui peut nous empêcher de concevoir des promesses de préférence de bail ou de prêt ou de toute autre convention ?

La nécessité d'appuyer notre étude sur une documentation ayant reçu la consécration de la pratique nous a obligé à nous cantonner dans la ma-

tière de la vente, puisque c'est en vue de ce contrat seul ou presque seul que l'on a jusqu'alors utilisé la formule générale de la promesse de contracter par préférence. Le développement économique qui nécessite de plus en plus la recherche et l'emploi de formules juridiques plus souples que les contrats utilisés antérieurement, l'instabilité monétaire qui prohibe les engagements à long terme pour une valeur déterminée, les nouvelles méthodes commerciales qui, par la création et le développement du courtage, de la représentation et de l'agence, mettent le futur client en face d'une foule de représentants des producteurs ou des trafiquants, peuvent logiquement laisser croire que le pacte de préférence, non seulement en matière de vente, mais encore en toute matière prendra de plus en plus un essor que n'ont pu soupçonner les auteurs du Code civil à une époque pourtant voisine du Code autrichien qui faisait place à ce genre de convention.

Il est facile en maint endroit de leur œuvre d'accuser d'imprévision les rédacteurs de notre législation. Pourraient-ils penser qu'un jour viendrait, où par exemple l'assurance prendrait le développement que nous lui connaissons et qui semble loin d'avoir atteint son maximum ? Pouvait-on prévoir en 1804 que ce développement des assurances amènerait la création d'une nuée d'agents qui viendraient solliciter le client éventuel ? Souvent celui-ci répond au démarcheur qui vient le voir le premier : « Je vais attendre d'autres propositions, et

s'il ne m'est pas fait de conditions meilleures que celles que vous me présentez, je vous donnerai la préférence. » Qu'une compagnie ait l'idée de faire constater par écrit cette promesse, et il est certain que la jurisprudence montrera rapidement des exemples de préférence en matière d'assurances, plus nombreux que celles que l'on peut montrer maintenant en matière de vente.

L'absence même de textes législatifs favorisera cette floraison d'une institution renouvelée et adaptée aux besoins modernes. Sur bien des points, par exemple en matière de cession de promesse, notre jurisprudence peut se montrer plus libérale que ne sont les législations germaniques qui connaissent pourtant le « Vorkauf ». La nécessité de faire respecter le pact ont conduit les tribunaux à sanctionner efficacement de préférence pour l'inobservation duquel on n'allouait auparavant que des dommages-intérêts insuffisants.

C'est de l'édit du prêteur, plus près de la pratique que le législateur, que nous sont venues les constructions les plus solides du droit romain. L'autorité de la jurisprudence, là où la loi est muette ou insuffisante, est maintenant assez solidement établie pour créer de nouvelles institutions juridiques analogues à celles que nous connaissons. L'œuvre sera longue. Elle le sera d'autant plus que nos tribunaux aiment trop à faire appel aux textes pour y sembler appuyer leurs décisions nouvelles pour que l'on puisse espérer voir naître tout d'un coup

une nouveauté juridique parfaite et complète. En bien des cas d'ailleurs les liens qui unissent les textes invoqués aux matières auxquelles on en fait application ont des lâches, témoin, pour prendre un exemple récent l'application que l'on a fait de l'article 1384, élaboré il y a plus d'un siècle, pour fonder une présomption de responsabilité pesant sur le propriétaire d'un objet animé d'un dynamisme propre.

Le pacte de préférence n'aura jamais à solliciter les textes de pareille façon pour se faire reconnaître dans la cité juridique la place à laquelle il est en droit de prétendre. L'établissement de son statut définitif ne manquera pas cependant d'être encore long, car il lui faudra pénétrer dans les mœurs avant de passer au crible du prétoire, et comme l'a écrit M. Demogue, « lorsqu'une institution juridique n'a fait l'objet ni d'un chapitre ni d'une section du Code civil ce n'est qu'à la longue qu'on en peut discerner la physionomie et l'économie exacte ».

Mars 1928-janvier 1929.

FORMULES

1^o PACTE DE PRÉFÉRENCE CONVENTIONNEL.

M. A... s'engage par les présentes envers M. B... qui accepte à ne pas vendre ou céder sous quelque forme que ce soit, sauf à titre gratuit, tant en son nom personnel qu'au nom de ses héritiers et ayant droits pendant une durée de dix années à compter des présentes une propriété (désignation sommaire...), sans préalablement mettre en demeure M. B... de l'acquérir par préférence à tout autre, toutes conditions égales d'ailleurs, M. A... n'étant tenu d'accorder la préférence à M. B... que si ce dernier accepte toutes les conditions qui auraient été acceptées par un autre amateur auquel M. A... serait disposé à vendre sa propriété.

A cet effet M. A... s'engage, au cas où il viendrait à trouver amateur pour ladite propriété à faire connaître par acte extra-judiciaire à M. B... les conditions, charges et clauses de la vente projetée ainsi que le prix convenu, avec indication des noms et domicile de l'acquéreur éventuel, avec indication que sauf par M. B... de déclarer dans le délai de quinze jours à M. A... qu'il entend acheter ledit bien au même prix et sous les mêmes conditions, il sera passé outre à la réalisation de la vente dont s'agit.

A défaut de déclaration d'achat de M. B... dans ledit délai de quinzaine et celui-ci expiré, le droit de préférence sera et demeurera définitivement éteint si la vente dénoncée est réalisée dans le délai de six mois qui suivra. Il sera au

contraire expressément maintenu au bénéfice de M. B... jusqu'à l'expiration du même délai de dix ans ci-dessus indiqué au cas où la vente n'aurait pas lieu.

Au cas où M. A... mettrait en adjudication publique le bien dont s'agit la seule obligation qu'il aurait à l'égard de M. B... serait de l'appeler à l'adjudication par acte extrajudiciaire signifié quinze jours à l'avance, et toute adjudication ne sera valable à l'égard de M. B... qu'autant qu'il aura été préalablement mis en demeure par l'officier public vendeur de porter une enchère égale à celle portée par l'amateur le plus offrant pendant trois feux consécutifs allumés dans les formes usitées pour les ventes judiciaires, M. B... devant être déclaré seul adjudicataire au cas où il mettrait pendant toute la durée de ses feux une enchère égale, ou l'adjudication devant être au contraire prononcée, immédiatement et définitivement au profit du plus offrant si M. B... n'a pas, avant l'extinction du troisième feu exercé de la manière sus-indiquée son droit de préférence. Dans ce cas après l'adjudication prononcée le droit de M. B... sera et demeurera définitivement éteint.

2^o SOMMATION AU BÉNÉFICIAIRE.

(Vente amiable).

L'an... le...

A la requête de M. A..., j'ai huissier soussigné, signifié à M. B... :

Que mon requérant est disposé à vendre à M. C..., demeurant à..., la propriété (désignation sommaire) à l'égard de laquelle il lui a par acte du ... concédé un droit de préférence ;

Que la vente dont s'agit doit être réalisée par acte devant Me ..., notaire à... le ... à ... heures, en son étude, sauf la faculté par M. B... sus-nommé d'exercer dans le délai de quinzaine fixé par le pacte sus-énoncé le droit de préemption à lui réservé, en déclarant qu'il est prêt à passer acte de

vente à son profit de la dite propriété aux charges clauses et conditions arrêtées entre le requérant et ledit M. C... ;

Lui déclarant à cet effet que la vente dont s'agit est projetée moyennant le prix de..., payable de la manière suivante... et aux charges et conditions suivantes que l'amateur s'oblige à remplir, savoir :

(Indiquer les charges et conditions.)

Lui faisant en outre dès à présent sommation pour le cas où il serait disposé à exercer son droit de préemption de comparaître et se trouver les jour et heures susdits en l'étude de Me..., notaire sus-nommé pour y réaliser en ce cas la vente à son profit, lui déclarant que faute de comparaître, il sera considéré comme ayant renoncé à exercer son droit de préférence ;

3^o SOMMATION AU BÉNÉFICIAIRE.

(Vente par adjudication.)

L'an..., le...

A la requête de M. A..., j'ai huissier sus-nommé, signifié et déclaré à M. B...

Que mon requérant est disposé à vendre par adjudication publique la propriété (désignation sommaire) à l'égard de laquelle il lui a par acte du... concédé un droit de préférence ;

Que le cahier des charges de ladite vente a été rédigé par Me..., notaire à... et est déposé en son étude où le sus-nommé peut en prendre connaissance ;

Que ledit Me... procédera à la vente par adjudication publique de la propriété dont s'agit en son étude le..., à... ;

Faisant en conséquence sommation audit M. B... sus-nommé de comparaître et se trouver si bon lui semble aux jour et heure fixés en l'étude dudit notaire pour voir procéder à l'adjudication dont s'agit ;

Lui déclarant qu'il sera interpellé par ledit Me... à l'effet d'avoir à déclarer dans les formes et délais convenus s'il

entend porter une enchère égale à celle du dernier et plus offrant enchérisseur, pour se voir proclamer adjudicataire et que faute par lui de comparaître ou de faire ladite déclaration il sera passé outre à l'adjudication dont s'agit.

Voir une formule de cahier des charges. Revue Deffrénois, 1926, formule d'art, p. 45.

Vu : le Président de la thèse.

PIÉDELIÈVRE.

Vu, le Doyen,
BERTHÉLEMY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLÉTY.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
Bibliographie	5
Abréviations	9
Préface	11
CHAPITRE I. — Définition du pacte de préférence.	15
— II. — Utilité et emploi du pacte.....	20
— III. — Du droit de préférence accordé par la loi	31
— IV. — Origines du pacte de préférence...	39
— V. — Législations étrangères	43
— VI. — Formation et preuve.....	49
— VII. — Nature et validité du pacte	55
— VIII. — Effets du pacte. Obligation du promettant	68
— IX. — Effets du pacte. Droits du stipulant avant la vente	87
— X. — Effets du pacte. Réalisation de la promesse.	95
— XI. — Du pacte de préférence adjoint à un autre contrat	119
— XII. — Le pacte de préférence et le droit fiscal	127
Conclusion	129
Appendice. Formules	133

